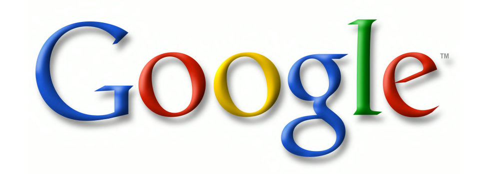






Sinn und Umfang

der

Gleichstellung von dolus und lata culpa

im Römischen Recht.

Eine von der juristischen Fakultät zu Göttingen

gekrönte Preisschrift.

Von

Carl Christoph Burckhardt

aus Basel.

Motto: „Alles Gescheidte ist schon gedacht worden; man muss nur versuchen, es noch einmal zu denken."

Goethe.

Göttingen 1885.

Druck der Dieterichschen Universitäts-Buchdruckerei.

W. Fr. Kaestner.

Meinem Vater

Herrn Dr. C. Burckhardt-Burckhardt

in Dankbarkeit und Liebe

gewidmet.

Urtheil der Fakultät.

Die der Fakultät eingelieferte Preisarbeit mit dem Motto: „Alles Gescheidte ist schon gedacht worden, man muss nur versuchen, es noch einmal zu denken“ gibt allerdings zu einigen Ausstellungen Anlass. Zunächst hat der Verfasser es unterlassen, seiner Arbeit die vorschriftsmässige Uebersicht über die Anordnung beizufügen. Sodann ist auch die Darstellung nicht durchweg befriedigend, sie lässt es mitunter an der nöthigen Kürze und Klarheit fehlen, und in beiden Beziehungen bedarf dieselbe vor der Drucklegung einer Ueberarbeitung. Das Gewicht dieser formellen Mängel wird aber reichlich aufgewogen durch die sachlichen Vorzüge der Schrift: eine sorgsam entworfene und streng durchgeführte Disposition — vollständige Sammlung und unbefangene, durch keine vorgefasste Meinung beeinflusste Verwendung des Quellenmaterials — genaue Kenntniss und Berücksichtigung der Literatur — kritisches Urtheil in Bezug auf die Ansicht Anderer und geschickte Begründung der eigenen — Vereinigung des historischen Sinnes, eines offenen Auges für die auf diesem Gebiet sich vollziehende allmähliche Entwicklung, mit der Fertigkeit des abstract juristischen Denkens, der sicheren Handhabung und Beherrschung aller einschlagenden Rechtsbegriffe. Die Fakultät konnte daher nicht zweifelhaft sein, der Arbeit den Preis zuzuerkennen, da dieselbe eine ebenso sehr durch Fleiss, Gründlichkeit, Gediegenheit, wie durch eine nicht gewöhnliche juristische und historische Begabung ihres Verfassers hervorragende, wissenschaftlich werthvolle und der Veröffentlichung würdige Leistung enthält.

Göttingen, den 4. Juni 1885.

Die juristische Fakultät.
R. von Jhering,
d. z. Dekan.

Inhaltsverzeichniss.

Abkürzungen:

a. = actio. as. = actiones. c. = culpa. l. c. = lata culpa. c. in concr. = culpa in concreto. exc. = exceptio. n. = Note.

Druckfehler:

S. 64 n. 2 ist nach Mommsen, Beiträge, zu setzen: p. 397 nicht 497.

Vorwort.

Die Behandlung der vorliegenden Frage bietet von vornherein Schwierigkeiten insofern, als die Grundbegriffe, mit denen operirt werden muss, in ihrer Bedeutung durchaus controvers sind. Diesbezügliche eingehende Untersuchungen verdanken wir, namentlich von historischer Grundlage aus, eigentlich erst unserm Jahrhundert, obschon Bearbeitungen der römischen Schuldlehre von jeher einen umfangreichen Platz in der Litteratur aufweisen; und gerade die letzten Jahrzehnte haben uns speziell für den hier vorab in Betracht kommenden Begriff der lata culpa wichtige Forschungen gebracht: die drei relevantesten, Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht III, Binding, Normen II, Pernice, M. Antistius Labeo II, in der Auffassung desselben total verschieden.

So hätte streng genommen der Verfolgung des eigentlichen Ziels dieser Arbeit bei jener Unsicherheit eine feste Begründung aller Schuldbegriffe, wie sie hier verwerthet werden, voraufgehen müssen. Dass es unterlassen wurde, hat seinen erklärlichen Grund in der grossen Ausdehnung einer solchen Vorarbeit gegenüber dem gesteckten Ziel. Es musste eine Beschränkung geboten sein, und so ist denn auch, was einleitungsweise über den Begriff von culpa und dolus zu sagen war, nur summarisch als gewonnenes Resultat hingestellt, während allerdings auf die Bestimmung des Begriffes der lata culpa eingehendere Arbeit verwendet worden ist, weil diese in der That, je nachdem sie ausfällt, für die Beantwortung der gestellten Frage selbst die verschiedensten Resultate ergeben muss. Doch kam es hier nicht sowohl auf Schaffen neuer, als Vertheidigung alter Positionen an, und so enthält der grösste Theil dieses Abschnittes eine Auseinandersetzung mit den gegen die herrschende Lehre erhobenen Einwendungen, während die positive Begründung einen kleinern Theil einnimmt. Es konnte dabei wohl auf Bekanntes Bezug genommen werden und Manches war überdies der Hauptuntersuchung vorzubehalten.

Was diese selbst betrifft, so schien hier wie dort ein häufiges Citiren und bisweilen auch Interpretiren der Quellen absolut nothwendig [1]). Schwanken machte die Begrenzung des Stoffes: ob auch die in unserer Zeit so lebhaft erörterte Controverse über das Wesen der bona fides heranzuziehen sei [2])? Dass es nicht geschah, erfolgte nicht sowohl aus Scheu vor der damit vergrösserten Aufgabe, als aus der Ueberzeugung, dass mit einer gegenseitigen Verwerthung der bei der bona fides speziell der Ersitzung und bei dolus und lata culpa gewonnenen Resultate zur Definirung der beiderseitigen Begriffe und Wirkungen nicht das Richtige getroffen sei und aus dergleichen Prämissen nur falsche Resultate entstehen können.

Die Litteratur ist, soweit sie zugänglich war (und dies war leider für ältere Litteratur und Gelegenheitsschriften, namentlich Dissertationen, nicht immer der Fall), benützt, und wo es von Interesse schien, citirt. Dass dabei vorzüglich auf die drei oben genannten Werke Bezug genommen ist, rechtfertigt ihre Bedeutung wohl von selbst. Namentlich finden sich die Forschungen von Pernice durchgehend verwerthet.

Etwaige Auseinandersetzungen mit Resultaten und Deduktionen hochverdienter Forscher mag das Bestreben, dem „magis amica veritas" zu folgen, erklären, nicht unreife Ueberhebung; denn sicher kann nichts mehr demüthigen, als ein solches Richten.

---

[1]) Die Allegate aus dem Corpus Iuris sind durchweg nach der Kriegelschen Ausgabe.

[2]) Z. B. Bruns: das Wesen der bona fides bei der Ersitzung, kommt zu seinem „ethischen Standpunkt" in Auffassung der bona fides so: Gegensatz der b. f. ist dolus, dieser umfasst culpa lata, also ist zu bona fides Abwesenheit von culpa lata erfordert. Das Wissen ist allerdings immer der Hauptfall des dolus, aber grobe Nachlässigkeit und Unüberlegtheit gehört immer zu dolus (p. 85), also gehört zu b. f. auch Ueberlegung, nicht nur in Contracten, sondern stets. — Bruns gelangt dann aber zum Satz, dass es auf Entschuldbarkeit des Irrthums ankommt.

Einleitung.

Kurze Uebersicht über den Begriff von culpa und dolus. Der Begriff der lata culpa.

I. Begriff der culpa[1]).

§ 1.

Inhalt wie Technik der römischen Schuldlehre, durch die Praxis ausgebildet, erscheinen im 3. Jahrh. zu Ulpians Zeit namentlich im Verkehrsrecht fest fixirt.

Culpa, relativ später Begriff, bezeichnet in seiner ältesten und allgemeinsten Bedeutung einen Fehler; das subjective Moment dominirt nicht von jeher; dann, auf die zu Grunde liegende Schuld angewandt, die Zurückführung eines missbilligten, besonders illegalen Thatbestandes auf das Verhalten eines bestimmten Subjects als dessen Ursache. So tritt sie bei ausgebildeter Imputationslehre an die Stelle des objectiven Begriffs der iniuria in der lex Aquilia[2]). In dieser imputablen illegalen Urheberschaft liegen die Modalitäten der Willensrichtung ungeschieden[3]).

In dieser Bedeutung von „Verschuldung" oder, daraus mit Betonung des Erfolgs abgeleitet, „Delict", erhält sich die culpa im juristischen Sprachgebrauche (anders in Vulgärschriftstellern) später nur noch isolirt:

cf. fr. 14 § 1 de re mil. 49. 16. fr. 15 de vi 43. 16.

vielmehr tritt gegen Ende der Republik die culpa in Gegensatz zum dolus (im

---

1) cf. Binding: Normen II. 274. Voigt: Bedeutungswechsel etc. in Abhandl. der Kön. sächs. Ges. der Wissensch. XVI.

2) anders Neuner: Privatrechtsverhältnisse 176.

3) die ältere Jurisprudenz trennt die culpa in culpa malitiae = dolus, culpa neglegentiae = culpa. Ueber diese u. ähnliche Eintheilungen cf. Jac. Gothofredus: de regulis juris 1652 p. 106.

ältern Recht ist sie absorbirt in imprudentia, inscientia, casus, der culpa der lex Aquilia) und ihre technische Bedeutung wird „imputable fahrlässige Verletzung eines fremden Rechts", im bestehenden Obligationenverhältniss „fahrlässiges Nicht-Wahrnehmen des fremden Interesses, für welches einzustehen die betreffende Obligation befiehlt."

Die sogenannte „objective culpa" der spätern Jurisprudenz ist Nichts, als die Anwendung der Denkform der subjectiven culpa auf einen objectiv verpflichtenden Thatbestand, um im Anschluss an ein allgemeines Princip die Motivirung einer sonst alleinstehenden Bestimmung zu construiren, ein Vorgang, der sich beim dolus ähnlich wiederholt; so überall, wo sich diese culpa als Verantwortlichkeit charakterisirt: z. B. bei den ädilicischen Klagen, der Noxalklage, der actio de recepto, de effusis et dejectis; cf. fr. 25 § 4 locati 19. 2.

II. Dolus[1]).

§ 2.

Die älteste Bedeutung des dolus malus (im Gegensatz zu dolus bonus) ist der auf eine bewusste Rechtswidrigkeit gerichtete Wille, ursprünglich mit dem Moment der Heimlichkeit, erst später auch gleichberechtigt dem der vis. Ein bestimmtes Motiv ist ihm nicht eigen; wo es später in Betracht kommt, ist es nur, weil es in Bezug auf die Straffolgen wichtig werden kann[2]).

Diese Bedeutung finden wir am klarsten im Kriminalrecht: positives Wollen des schädigenden Erfolgs, mit dessen Erreichung man die Rechtswidrigkeit verbunden weiss.

Dieser Begriff dehnt sich viel weiter aus im spätern Recht, welches durch das Princip der aequitas und bona fides beherrscht wird. Er kommt zur Geltung bei Eingehung des Vertrags als gewollte Erregung oder Benützung eines für den Abschluss des Vertrags relevanten Irrthums in der Person des Gegners durch Vorspiegelung falscher oder Verschweigung massgebender Thatsachen. Hier wird

---

[1]) cf. Binding: Normen II. 269 f. Pernice: Marcus Antistius Labeo II. 60 ff. (citirt: Labeo). Pernice: Sachbeschädigung 47. Hasse: Die culpa des röm. Rechts 1 Aufl. 74 ff. (citirt: culpa).

[2]) Darauf wird im Lauf der Darstellung zurückzukommen sein.

er, je nachdem die bona fides geradezu Handeln im Interesse des andern Theils als Erstes fordert oder nicht, verschieden hervortreten[1]).

Dolus bezeichnet hier den Gegensatz zur bona fides, der Redlichkeit im Verkehr, somit das positive Wollen eines als unredlich erkannten unbilligen Erfolges. Dabei ist aber die Billigkeit nicht so fest gegeben wie die Rechtsregel; sie wird bestimmt durch die Praxis des anständigen Verkehrs; dem iudicare ex bona fide ist aber das Unbillige zugleich rechtswidrig. — Und diese Herrschaft der bona fides führt weiter. Die exceptio doli ist ursprünglich gegeben, damit nicht unter dem Schutz des formalen Rechts Betrügereien mit Erfolg begangen werden können. Später wird sie gebraucht, um überhaupt dem ius strictum gegenüber die bona fides zur Geltung zu bringen; so wird sie, ungefähr seit Hadrian, zur Einwendung der Unbilligkeit gegen Begehren, die objectiv als ungerechtfertigt erscheinen[2]); namentlich auch zum Zweck, eine Ausgleichung verschiedener Ansprüche zu erlangen. Diese exc. doli hat mit ihrem processualen dolus vom alten dolus nur noch den Namen: dieser ist beibehalten worden, und so werden auch, ähnlich wie bei der culpa, objective Thatbestände, welche das Recht im Interesse des Verkehrs nicht anerkennt, unter den subjectiven Begriff des dolus gezogen, um ihre Wirkungen aus einem allgemeinen Princip herzuleiten[3]). Die Unterscheidung, die im Anschluss an diese Stellen zwischen dolus ex proposito und dolus ex re gemacht wurde, kann man gelten lassen, wenn man sich bewusst bleibt, dass diese Fälle eigentlich mit dolus Nichts zu schaffen haben; unrichtig wird sie, wenn damit ein objectiver dolus, der dem subjectiven selbstständig gegenüberstehen soll, anerkannt wird.

Wo es sich um Verletzung des bestehenden Obligationenverhältnisses handelt, ist dolus das positive Wollen und Herbeiziehen eines Erfolgs zuwider der über-

---

1) cf. v. Ihering: Verm. Schriften 263 ff.

2) fr. 7 § 1, fr. 16 de exc. d. m. 44. 4. fr. 2 § 3 sq. de don. 39. 5. Die näheren Ausführungen v. § 11 β.

3) Wo z. B. aus der Bereicherung, nicht aus subjectiver Rechtswidrigkeit gehaftet wird — fr. 36 de V. O. 45. 1. fr. 1 § ult. depos. 16. 3. fr. 7 § 2 de trib. act. 14. 4. — oder wo eine Verfügung, weil ohne jedes Verkehrsinteresse, wegen eines andern anerkannten Interesses rückgängig gemacht wird und der Jurist (Julian) nun gewaltsam ein subjectives Moment gewollter Widerrechtlichkeit hineinzuinterpretiren sucht in fr. 17 § 1 quae in fr. cred. 42. 8. cf. fr. 2 § 1 si mensor 11. 6.

nommenen resp. auferlegten unter Vertragsschutz stehenden Verpflichtung und steht als solches im Gegensatz zur culposen Verletzung.

Ein einheitlicher Begriff für das Gebiet des ganzen Rechts ist dem dolus abgesprochen worden, und Hasse cit. § 17 meint; er lasse sich überhaupt auf keine positive Grundlage zurückführen; er setze nur im Allgemeinen eine verwerfliche Gesinnung voraus. Aber als Basis bleibt für den dolus doch das positive Wollen eines widerrechtlichen Erfolgs, wenn sich derselbe auch je nachdem, wo er auftritt, modificirt. Eine besonders verwerfliche Gesinnung ist nicht begriffliches Merkmal desselben, wie Binding will, der ihn als unreinen Vorsatzbegriff dem reinen Vorsatz, welchen die culpa lata repräsentire, gegenüberstellt; sie wird nur in vielen Fällen darin gefunden und hat dann gewisse Folgen; wo sie fehlt, wird auch sein Name vermieden, entweder schlechthin oder um diesen Folgen zu entgehen[1]).

III. Lata culpa.

Speciell die Theorie von Löhr, Binding, Mommsen. Verhältniss von lata culpa und Irrthum. Culpa in concreto.

§ 3.

1. Theorien. Die Construction der lata culpa ist auf zwei Grundlagen versucht worden, auf processualer und auf materieller. Der processuale Begriff ist: der directe Beweis des dolus ist unerschwinglich; desshalb lässt das Recht bisweilen einen unvollkommenen Beweis zu und nimmt dann mittelst praesumtio iuris et de iure dolus als bewiesen an: dieser dolus praesumtus ist die lata culpa. So namentlich die ältere Litteratur im Anschluss an fr. 32 depos. 16. 3 und die sog. lata culpa versutiae[2]).

Die materielle Auffassung gibt, vorerst noch mit starken Anklängen an die processuale, die Glosse; sie zieht in die l. c. den Begriff des unentschuldbaren Irrthums hinein[3]). Diesen macht sodann Mommsen[4]) geradezu zur Basis der

---

[1]) cf. z. B. § 11 Text.

[2]) cf. dagegen Hasse cit. (ed. I) 116—119, bes. 118 Note a.

[3]) Rechtsirrthum: fr. 11 § 11 de in rem. 11. 1. Grober factischer Irrthum: fr. 29 pr. mand. 17. 1. cf. fr. 228 de v. s. 50. 16, während leichter error facti levis culpa ist.

[4]) Beitr. III, 347—359.

l. c. und ihrer Gleichstellung mit dolus: dolus ist der auf die als solche erkannte Rechtsverletzung gerichtete Wille: bewusst ist einmal die Verletzung des fremden Rechts durch den fraglichen Erfolg, dann die Causalität des eigenen Verhaltens zu demselben; bei der culpa muss das Wissen in beiden oder in einer von beiden Beziehungen fehlen, sie beruht also auf Irrthum, während dolus durch Irrthum ausgeschlossen ist. Wie nun, wenn der angebliche Irrthum unglaublich und unentschuldbar scheint, der Beweis über sein Vorhandensein ausgeschlossen wird, als ob die Person nicht habe irren können, so auch bei dem der l. c. zu Grunde liegenden Irrthume. Daraus erklärt Mommsen nun auch die Gleichstellung mit dolus. Dies ist ihm jedoch nicht der einzige Fall, sondern nur die Grenze, bis zu der l. c. kann angenommen werden. L. c. liegt auch vor, wenn der Handelnde den später eingetretenen rechtsverletzenden Erfolg als mögliche Folge seiner Handlung oder Unterlassung vorausgesehen hat, trotzdem aber, ohne diesen Erfolg eventuell zu billigen, aus frivolem Leichtsinn, gewissenloser Gleichgiltigkeit gegen das fremde Interesse gehandelt, unterlassen hat, und aus übergrosser Bequemlichkeit der von ihm vorhergesehenen Gefahr nicht vorgebeugt hat[1].

Dagegen machte Windscheid[2]) geltend: Ist Grundlage der l. c. unentschuldbarer Irrthum über den rechtsverletzenden Erfolg der Handlung, so wird alle culpa zu l. c., denn die levis culpa müsste entschuldbarer Irrthum sein, und dieser schadet Nichts. Damit, dass l. c. auf grobem Irrthum beruht, ist Nichts gewonnen, und alle Fälle der l. c. sind damit auch nicht erschöpft. Und Pernice[3]) will den Satz umkehren: die Probabilität und die Unentschuldbarkeit des Irrthums werden durch die ihm zu Grunde liegende Negligenz bestimmt. Der factische Irrthum, der auf grober Nachlässigkeit beruht, ist unentschuldbar; der Ausdruck l. c. findet sich in dieser Verbindung nicht[4]).

Wie Mommsen der l. c. das Wollen des schädlichen Erfolgs fern hält, so auch die herrschende Lehre.

Die ältere Jurisprudenz[5]) trennte die l. c. ignaviae als objective l. c., supina neglegentia eines Trägen, Dummen, von l. c. versutiae als subjectiver l. c., affectata

---

[1]) luxuria lusus lascivia (cf. Glosse ad fr. 11 de incend. 47. 9) Mommsen l. cit. p. 353.

[2]) Heidelb. crit. Zeitschrift III. p. 278 ff.

[3]) Labeo II. 424.

[4]) cf. Windscheid Pand. § 79. Hesse im Archiv für civ. Praxis LXI. 255—258.

[5]) Nach Vorgang des Zasius, declarat. lib. I. sing. intellect. c. 2 n. 10.

neglegentia, absichtlicher Hintansetzung fremder Interessen bei diligentia in eigenen. Diese lata culpa ist gröber als jene, und der Umfang der Gleichstellung mit dolus ist für beide durchaus verschieden[1]). Uebrigens bestehen in der ganzen Lehre lebhafte Controversen, besonders wegen der sog. culpa in concreto. Jac. Gothofredus[2]) verwarf diese und ähnliche Eintheilungen; l. c. sei eine potenzirte culpa, ein dolus praesumtus, und stets dem dolus gleichzustellen. — Als Wissen lässt sie neben der weitgehenden neglegentia, die ihm dolus ist, erscheinen Nisetus[3]), doch als „scientia non malitiosa actus vitiosi"[4]).

Hasse[5]) findet die Unterscheidung der l. c. von anderer culpa in der Nothwendigkeit der Kenntniss der Gefahr und der Mittel, ihr vorzubeugen (resp. Berufung auf eine unerhörte Unwissenheit, um diese Kenntniss zu verleugnen), während dolus Kenntniss des gewissen schädlichen Erfolgs im Augenblick der Handlung verlange. L. c. liege vor bei Herbeiziehen der Gefahr aus lusus perniciosus, nicht, um zu schaden; Hereinbrechenlassen der Gefahr aus übergrosser Unachtsamkeit, Nichtbemerken der klaren erforderlichen Mittel. Sie setzt äusserste Gleichgiltigkeit gegen den fremden Schaden voraus, nicht Verlangen desselben; sie ist dolus im weitern Sinne und involvirt stets etwas Verwerfliches, Schlechtes in der Gesinnung. Aehnlich Hesse[6]) cit. Die l. c. beruht ebenso auf scientia wie dolus, resp. präsumirter scientia beim non intellegere quod omnes intellegunt. Dolus will den schädlichen Erfolg, l. c. lässt ihn kommen aus Mangel an Energie, an Einsicht; etwas Verwerfliches enthält sie nicht[7]).

---

[1]) Celsus Bargalius, de dolo. Hanoviae 1604 p. 560 ff. — cf. H. Donelli, Comm. ad cod. Just. LIV. tit. 34 depositi. Francof. 1599 p. 250. 251.

[2]) J. Gothofredus: de regulis juris, Genevae 1652, ad l. contractus quidam fr. 23 de R. I. p. 108. 112.

[3]) Nisetus: de culpa eiusque natura in contractibus. Diss. inaug. Argentor. 1675. Al. VII.

[4]) Ueber die ältere Litteratur z. Th. Hasse, culpa: passim.

[5]) l. cit. § 20. 21.

[6]) l. cit. p. 237 sq.

[7]) Wie Hasse Sintenis, Civilrecht (2) II. § 161 Anm. 44. Unger: Oestr. Privatr. § 102: Voraussehen des nicht gewollten rechtswidrigen Erfolgs und trotzdem Handeln aus Mangel an Energie, häufiger frivoles Nichtvoraussehen des rechtswidrigen Erfolgs. — Unterholzner: Schuldverhältnisse I. § 134. — Schömann: Handbuch I. § 274: schädliche Unthätigkeit aus grobem Versehen. — Verletzung des gewöhnlichen Haftungsmassstabes, Unterlassung der Vorsicht des gewöhnlichen Menschen, und somit Nachlässigkeit, die über alle Grenzen geht:

In scharfem Gegensatz zu obiger Auffassung, welche die l. c. als Art der culpa (im Gegensatz zu dolus) betrachtet, ziehen dieselbe in das Gebiet des Vorsatzes und lassen die Merkmale der voluntas und scientia wie dem dolus so auch der l. c. eigen sein:

Löhr[1]): Wissenschaft der illegalen Folgen einer Handlung ist lata, Nicht-Wissenschaft levis culpa. Jene kann nicht direct erwiesen werden: präsumirt wird sie, wo der Culpose aus Neigung oder Leidenschaft — und zwar nachlässiger als in eigenen Sachen — gehandelt hat. Zieht er aus der bewussten Illegalität Vortheil, so liegt dolus vor, in allen übrigen Fällen l. c. Daneben[2]) findet sich noch dolus als wissentliches Handeln, l. c. als wissentliches Unterlassen; sie wird, da sie auf dem Begriff der neglegentia beruht, in der Regel ausserhalb des Obligationsverhältnisses nicht vorhanden sein können[3]). Der ursprüngliche dolus umfasst nur furtum und a. de dolo, dies ist seine technische Bedeutung; untechnisch umfasst er auch die l. c., das wissentliche Unterlassen, technisch steht er ihr als wissentliches Handeln gegenüber. Der Beweis von dolus und l. c. erfolgt direct oder praesumtione: 1. nachlässigeres Handeln in fremden als in eigenen Sachen; 2. angebliches non intellegere quod omnes intellegunt[4]).

Binding[5]) fasst die l. c. (c. dolo proxima) als nothwendige Erweiterung des durch das Moment der Unsittlichkeit verengten Vorsatzbegriffes des dolus auf. L. c. ist bewusst widerrechtliches Handeln oder Unterlassen ohne gemeines

---

Mühlenbruch: Pand. 1836 § 352 (Lehrbuch der Pand.) — Wächter: Würtemberg. Privatrecht II. § 112. — Puchta: Institutionen II. (8. Aufl.) § 278. — Keller: Pand. 1861 § 250. — Windscheid: Pand. (5) I. § 101 n. 10. II. 265. — Die „gutmüthige Widerrechtlichkeit" i. e. Widerrechtlichkeit aus nicht unedlem Motiv ziehen ebenfalls zur l. c.: Unterholzner cit. Puchta Pand. 265. — cf. v. Ihering in dogm. Jahrb. III. 112. — v. Bar in Grünhuts Zeitschrift. IV. 12.

[1]) Löhr: Theorie der culpa. 1806.

[2]) l. cit. p. 63 sq.

[3]) l. cit. id. in Beiträge zur Lehre von der culpa. 1808. p. 23 sq.

[4]) l. cit. und id. in seinem u. Grolmanns Magazin III. 472 sq. bes. 489 sq. — Gegen Löhr: Theorie der culpa u. Beitr. Hasse Culpa 75 sq. 99—103. — Für Kritz: Culpa nach röm. Recht (mir nicht zugänglich) sind nach Binding (l. cit. p. 338 n. 510). dolus und l. c. verschiedene Bezeichnungen eines wissentlichen und daher absichtlichen widerrechtlichen Benehmens.

[5]) Binding: Normen II. 338 sq.

Motiv, ohne Feindseligkeit gegen das Recht, vielmehr aus Mitleid, Scherz, Muthwille, Uebermuth, Lehrzweck etc. Nach Wegfall der eigenthümlichen Beschränkung des Dolusbegriffs ist die l. c. somit ein unbrauchbarer Begriff.

Gegen Binding trat für die herrschende Lehre auf Pernice[1]): Die l. c. ist eine Species der culpa; dem dolus ist dieser enge Begriff nicht eigen; die l. c. ist höchste Nachlässigkeit, ohne feste Abgrenzung gegen die levis culpa, nie Vorsatz. Lascivia, luxuria etc. sind nicht unter ihren Begriff zu bringen[2]).

2. Ausführungen. Der Ausdruck lata culpa findet sich erst relativ spät in den Quellen, besonders bei Ulpian, und da zwar als allem Anschein nach nun technischer Begriff einer Schuldart, dessen Bedürfniss und andrerseits dessen Ausbildung durch die Praxis hervorgeht aus einer ungemein schwankenden Terminologie, die in ihren häufigen Anwendungsfällen denselben oder wenigstens nahe verwandten Inhalt auszudrücken scheint.

Dass dieses Bedürfniss entstand, und dass practisch diese Begriffe sich behaupteten, zeigt, dass das sich entwickelnde Recht mit den alten Schuldbegriffen nicht mehr ausreichte. Die culpa hatte einen sehr weiten Spielraum und war in ganz anderm Grade ausbildungsfähig als der Dolusbegriff. Hier war es, wo eine Erweiterung zu erstreben war. Aber nicht als begriffliche Erweiterung, sondern als Ausdehnung der Haftung in das Gebiet der culpa, zuerst für Verhältnisse, die ursprünglich nur dolus prästiren liessen, in denen aber, mit ihrem Uebertritt aus dem Schutz durch Delictsklage zum contractlichen oder quasicontractlichen Verhältniss dies nicht mehr genügte, während andrerseits eine Prästation von omnis culpa weder durch das Verkehrsinteresse noch die historische Entwickelung geboten schien.

Das Vorhandensein einer vorsätzlichen und einer nicht vorsätzlichen l. c. neben einander ist zum Mindesten unwahrscheinlich[3]). Für das Bestehen eines einheitlichen Begriffs der l. c. und zwar, wie im Folgenden mit der herrschenden Lehre angenommen wird, als höchster Stufe der culpa in der Bedeutung, welche

---

[1]) Pernice: Labeo II.; über dolus 60 sq.; culpa 231 sq.; l. c. 377 sq.

[2]) Ein näheres Eingehen in die Deductionen von Binding und Pernice kann hier unterlassen werden, da im Lauf der Untersuchung fortwährend auf dieselben zurückzukommen und einzutreten sein wird.

[3]) Ebenso, wenn auch in anderm Sinne, Binding l. c. p. 341.

ihr seit der spätern Republik und der Kaiserzeit im Gegensatz zum dolus technisch ist, aufgebaut auf einer Nichtbefolgung der diligentia (neglegentia): als Nachlässigkeit, die über alle Grenzen geht, spricht aber namentlich Folgendes:

Dass dem dolus nicht, wie Binding und Löhr wollen, gegenüber der l. c. das gemeine Motiv eigen ist (resp. Gewinnsucht), ergeben folgende Fragmente, in welchen die bewusste Rechtswidrigkeit ohne Rücksicht auf das Motiv dolus genannt wird:

fr. 15 § 1 de iudiciis 5. 1, wo Ulpian dolus malus des Richters annimmt bei evidens gratia vel inimicitia vel etiam sordes.

fr. 26 § 4 ex qu. c. mai. 4. 6, wo Ulpian unter dolus malus des Magistrats gratia aut sordes zusammenfasst[1]).

Wo aber die Unterscheidung der Motive relevant wird, findet sich die Bezeichnung lata culpa oder culpa dolo proxima nie, sondern es wird rein negativ das Wort dolus vermieden, weil dessen Straffolgen sollen ausgeschlossen oder ein Strafmilderungsgrund soll angenommen werden, wenn ein edles, menschliches, verzeihliches Gefühl zur positiv schädigenden Handlung getrieben hat[2]). So wird in solchem Fall an Stelle der infamirenden a. doli eine nicht infamirende a. in factum gegeben, oder die verwirkte Strafe gemildert, oder es wird blos das Wort dolus vermieden, weil der Vorwurf, der in ihm liegt, erspart werden soll: die Motive der That sind namentlich Mitleid, Elternliebe, Angst, Heimweh etc.[3])

Begründen diese Stellen Löhrs Ansicht, dolus sei im Gegensatz zu lata

[1]) Cf. fr. 1 § 2 de mag. conv. 27. 8. fr. 4 pr. § 1. 2 si quis om. c. 29. 4. Dolo proximus deutet nicht nothwendig auf eine c. dolo proxima, sondern ist aus obiger Anschauung noch erklärlicher.

[2]) Cf. v. Ihering: Schuldmoment im röm. Privatrecht in Verm. Schriften 212.

[3]) fr. 7 § 7 de dolo malo 4. 3 (Mitleid). fr. 11 § 3 quod falso tut. 27. 6 (Liebe zur Tochter), fr. 16 § 1 de lib. causa 40. 12 (Angst), fr. 7 pr. depos. 16. 3 (Mitleid), alle von Ulpian; fr. 14 § 2 de custod. reor. 48. 3 (Entweichenlassen eines Gefangenen aus Mitleid — Gegensatz fraudulenter — hat nur militiam mutare zur Folge). fr. 2 de recept. 47. 16 (Verbergen von Verwandten). fr. 4 § 15 de re mil. 49. 16 (Desertiren wegen Heimweh). fr. 3 § 4 de hom. lib. 43. 29. — fr. 14 pr. praescr. v. 19. 5 bei Seenoth wirft Jemand, um seine Waaren zu retten, fremde über Bord: bei Nothstand haftet er nicht, bei dolus mit actio de dolo; lag kein Nothstand vor (sine causa) und kein dolus (der Herauswerfende glaubte, es sei Noth vorhanden, und dies schloss dolus aus) mit actio in factum. Dies scheint mir die richtige Erklärung dieser Stelle.

culpa der dolus des furtum, und Bindings Ansicht, wo kein gemeines Motiv vorliege, sei l. c., nicht dolus vorhanden[1]), nicht, sondern stehen ihnen theilweise direct entgegen, so gewährt andrerseits für beide eine Hauptstütze

fr. 8 §§ 9. 10 mand. 17. 1 (Ulpian)

das auch Andere bewogen hat, neben einer l. c. als äusserster Nachlässigkeit eine solche als „gutmüthige Widerrechtlichkeit“ anzunehmen[2]).

In der That ist dies die einzige Stelle, wo sich dolus neben sordes und l. c. neben gratia gegenübergestellt finden. Der Gegensatz ist ein häufiger zwischen sordes und gratia; andrerseits findet sich aber in den oben erwähnten Fragmenten bei diesen beiden Motiven die Willensrichtung als dolus malus bezeichnet. Dies muss zur Vorsicht in unserer Stelle mahnen. Sie erklärt sich wohl auch folgendermassen:

A braucht einen Sklaven und gibt B den Auftrag, ihm einen solchen zu kaufen, wohl mit Angabe der erforderlichen Eigenschaften und des Preises. B unterlässt den Kauf, obschon er möglich gewesen wäre. Der Jurist fasst nun zwei Möglichkeiten ins Auge (warum levis culpa nicht erwähnt ist v. unten):

1. B hat dolos nicht gekauft, die übernommene Vertragspflicht direct wissentlich verletzt. Ein prägnantes Beispiel dafür wird mit „forte enim“ eingeleitet: pecunia accepta alii cessit. Dies ist nur so möglich: er hatte einen Sklaven, wie ihn sein Mandant brauchen konnte, im Auge, und stand mit dem Verkäufer schon in Unterhandlung; vielleicht betheiligte er sich auch bei einer Versteigerung; ein anderer Kauflustiger besticht ihn nun, damit er von der Unterhandlung zurücktrete, resp. nicht höher biete, und erreicht seinen Zweck. Was könnte sonst C zur Bestechung bewogen haben? B findet nun keinen andern passenden Sklaven mehr; er hat entschieden zum Nachtheile des Mandanten gehandelt[3]).

---

[1]) Löhr: Theorie der culpa § 6. Binding l. cit. p. 351.

[2]) Unterholzner: Schuldverhältnisse § 134. Puchta: Pand. § 265. Arndts: Pand. § 85 c. zu § 86 c. f. Die Stelle lautet: § 9: dolo autem facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit. § 10: proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti — forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret, aut si lata culpa, forte si gratia ductus passus es alium emere — teneberis . . .

[3]) Das cedere von einer Vindication des Dritten, auf die sich der Mandatar in Folge von Bestechung nicht einliesse, oder gar von einer in iure cessio (wo dann freilich das „pecunia accepta“

2. Er hat l. c. nicht gekauft, aus unverzeihlicher Nachlässigkeit. Hier bringt das „forte si“ wieder nicht mehr als ein Beispiel, in welchem die gratia zufällig ist: er hat nicht einmal ganz gewöhnliche Sorgfalt angewandt, nicht im Bewusstsein, dass er die übernommene Vertragspflicht direct breche, sondern aus Mangel an Energie, Einsicht: ein besonders deutliches Beispiel ist hier, dass er aus unzeitgemässer Gefälligkeit einen Andern sich den Rang ablaufen liess und selbst nun das Mandat nicht mehr erfüllen konnte[1]).

Gegen diese Erklärung und damit für das Heranziehen der l. c. zum Vorsatz scheint zu sprechen, dass ja der Mandatar für levis culpa haftet, nicht nur für grobe Nachlässigkeit. Es ist aber mit Hasse[2]) dieser Umstand, dass nur von dolus und l. c. gesprochen wird, daraus zu erklären, dass es Ulpian in § 10 zunächst nur um eine Anknüpfung an den Thatbestand des § 9 zu thun war, und dass bei diesem in der That nur dolus und etwa l. c. möglich sind[3]).

Sordes und gratia bezeichnen also hier nicht inhärente Bestandtheile von dolus und lata culpa, sondern sind nur für klare Beispiele verwerthet. Wo es sich ergibt, dass Jemand eine Vertragspflicht verletzt hat, und dass dies in Zusammenhang mit gewinnsüchtiger Absicht geschah, wird allerdings ein dolus recht klar vorliegen — andrerseits, wenn Jemand so nachlässig ist, dass er nicht nur nicht gewahr wird, wie das Handeln eines Andern dem von ihm vertretenen Interesse zuwiderläuft, sondern diesem dazu noch gefällig ist, liegt jedenfalls eine recht unverzeihliche Nachlässigkeit zu Tage.

Bei dieser Stelle musste etwas länger verweilt werden, weil sie in der That für die Vorsatznatur der lata culpa einen bedeutenden Schein abgibt.

fr. 7 § 2 de adm. tut. 26. 7.[4])
hingegen sagt doch nur: die tutelae actio geht wegen Ankaufs schlechter

---

Bezahlung des Preises heissen und somit der Gegensatz von pecunia accepta und gratia hinfällig werden könnte) zu verstehen, scheint mir unzulässig.

[1]) Pernice: l. cit. p. 404 Note 42 möchte am liebsten eine Interpolation annehmen, während sich Hesse l. c. p. 209 Note 14 damit hilft, es sei eben nicht die Verletzung gewollt, sondern in erster Linie die Begünstigung eines Dritten. (?)

[2]) Hasse: l. cit. § 93.

[3]) Pernice l. c. 403 f. nimmt hier. überhaupt nur eine Haftung für dolus und l. c. an, weil der Gesichtspunkt des dolo desinere possidere mehr betont sei als der des Contracts.

[4]) Anders Binding l. cit. 351: „Rechtswidriger Vorsatz aus Connivenz gegen einen

Grundstücke gegen die Tutoren jedenfalls, wenn sie per sordes aut gratiam diese gekauft haben, denn, denkt der Jurist, dolus liegt klar zu Tage. Wie nun aber, fährt er fort, wenn sich sordes aut gratia nicht nachweisen lässt, sondern sie einfach schlechtes Land[1]) gekauft haben? In dieser Richtung ihrer vormundschaftlichen Thätigkeit haften sie (nicht für die bei ihnen zur sog. culpa in concreto modificirte levis culpa, wie denkbar wäre, sondern) nur für lata neglegentia. Die Frage, ob sie für omnis diligentia haften, die dort gar nicht entstehen konnte, weil dolus vorlag, wird hier wichtig. Auf eine Vorsatznatur des Begriffs lata neglegentia deutet Nichts.

Ferner fr. 2 § 5 de hered. vend. 18. 4.[2])

Für die Erklärung dieser Stelle vide die Auseinandersetzungen in § 10 Anhang. Die l. c. lässt sich als Vorsätzlichkeit aus nicht unedlem Motiv hier sicher kaum construiren, ebenso in andern Stellen.

fr. 1 § 1 si mensor 11. 6.[3])

Der mensor haftet nur für dolus, nicht für imperitia; dies sagt der Jurist im Hinblick auf den Satz „imperitia culpae adnumeratur“; auch wenn er nachlässig verfahren ist, also, im Gegensatz zu imperitia, die vorhandene Kenntniss nicht angewandt hat, so dass ein Schaden entstanden ist, ohne dass er ihn positiv erstrebte — haftet er nicht; „culpa lata freilich (plane)“, fährt der Jurist fort,

---

Dritten begründet l. c.“ — Die Stelle lautet: Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint, hoc est si praedia comparaverint non idonea per sordes aut gratiam. Quid ergo, si neque sordide neque gratiose, sed non bonam condicionem elegerint? recte quis dixerit, solam latam neglegentiam eopraestare in hac parte debere. (Ulp.)

[1]) Condicio Bodenbeschaffenheit. Cf. fr. 1 § 23 D. 39. 3.

[2]) Etwas gezwungen Binding l. cit. 354: „der Verkäufer schenkt eine Erbschaftssache ihrem Bewunderer, er liberirt einen Schuldner, den er als armen Teufel kennt . . . .“ Sie lautet: sed et si quid dolo malo eorum factum est, quominus ad eos perveniat, et hoc emtori praestandum est; fecisse autem dolo malo, quominus perveniat, videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam potest adipisci. Sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur; deperdita autem vel deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur. (Ulp.)

[3]) Haec actio dolum malum dumtaxat exigit . . . proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit; sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit; lata culpa plane dolo comparabitur . . . . (Ulp.)

„wird dem dolus gleichgestellt“, d. h. er haftet aus ihr ebenso wie aus dolus. Dieser Schlusssatz steht dem Zusammenhang nach (plane) in enger Verbindung mit der neglegentia des voraufgehenden Satzes, die einen Vorsatz nicht enthält, und zwar so, dass er diesen verbessernd auf das richtige Geltungsgebiet reducirt. Wird l. c. als Vorsatzbegriff aufgefasst, so besteht dieser Zusammenhang nicht; dieser Vorsatz ist ferner dem des dolus gegenüber schwer construirbar[1]). So spricht diese Stelle vielmehr für die herrschende Bestimmung der l. c.

Ebenso muss ein Hineintragen des Vorsatzbegriffes in andere Stellen[2]) zu gewaltsamen Interpretationen führen;

fr. 11 § 11 de interr. in iure 11. 1.[3])

das den in iure interrogatus für seinen dolus haften lässt, nicht aber für seine culpa, ausser wo sie dolo proxima ist, weist schon durch diese Verbindung darauf hin, dass culpa dolo proxima nicht etwas sein kann, was mit der culpa im Gegensatz zu dolus völlig Nichts gemein hat: ein Vorsatzbegriff.

Die herrschende Erklärung des Begriffs der l. c. erhält eine wesentliche Stütze durch

fr. 213 § 2 de v. s. 50. 16 (Ulp. l. 1 reg.)

fr. 223 pr. eodem 50. 16 (Paul. l. 2 sent.)[4])

fr. 226 eodem 50. 16 (Paul. l. 1 manual.)[5])

Es sind dies allerdings römische Definitionen, und als solche einseitig und unvollkommen, aber doch nicht absolut verwerflich und unbrauchbar, wie Binding will[6]). Regelbüchern entnommen, wollen sie offenbar ein prägnantes Merkmal der l. c. angeben. Die beiden erstern stellen nun ihren Begriff einseitig

---

[1]) Löhr: Theorie § 6 nimmt bei dolus Betrug (gewinnsüchtige Absicht), bei l. c. jedes andere Motiv an; Binding l. cit. 354: l. c. ist falsche Massangabe aus Connivenz gegen einen Kauflustigen.

[2]) fr. 29 § 3 mand. 17. 1. fr. 1 § 5 de O. et A. 44. 7. fr. 8 § 3 de prec. 43. 26. fr. 11. de incend. 47. 9. fr. 1 § 2 si is qui test. 47. 4. c. 2 (cf. c. 3) de mag. conv. 5. 75. fr. 11 § 10. 11 de interr. in iure 11. 1.

[3]) V. weiter unten § 10 am Ende.

[4]) Ueber den Zusammenhang dieser lex latae Cujaz, Observ. VII. 8.

[5]) fr. 213 § 2 cit.: lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere, quod omnes intellegunt. fr. 223 pr. cit.: latae culpae finis est, non intellegere id, quod omnes intellegunt. fr. 226 cit.: magna neglegentia culpa est, magna culpa dolus est.

[6]) Binding l. cit. p. 343.

auf den Intellect: lata culpa beruht auf Mangel selbst des Intellects, der sich sonst bei Jedermann findet (wie unser: „das weiss Jedermann“). Wozu nun diese Definition? Gewiss um die l. c. in Gegensatz zum dolus zu stellen. Denn, soll dolus vorliegen, so darf Wissen nicht fehlen. Ist aber der l. c. ein non intellegere eigen, so kann sie ein Vorsatzbegriff nicht sein. Andrerseits will aber auch die l. c. gegen die culpa abgegrenzt sein; sie erscheint als nimia neglegentia in fr. 213 § 2 cit.; fr. 226 cit. nennt aber magna neglegentia culpa: grosse Nachlässigkeit ist stets culpa (kleine nicht immer)[1]. Neglegentia ist Gegensatz zu diligentia, der Beflissenheit, wie sie im Verpflichtungsverhältniss gefordert wird, und zwar als objective Vernachlässigung derselben, als Nachlässigkeit. Wir erhalten also für fr. 213 cit.: l. c. ist eine Nachlässigkeit, die über alle Grenzen geht. Die neglegentia, als Generalbegriff gedacht, muss nothwendig allen Vorsatz ausschliessen[2]. —

Diese Nachlässigkeit kann sich nun darin zeigen, dass man die allergewöhnlichsten Dinge nicht kennt: bekannte Regeln des Verkehrs, Preisverhältnisse, gewöhnliche Vorsichtsmassregeln etc., kurz Dinge, die nach der herrschenden Anschauung Jedermann kennen muss, der nach Aussen thätig auftreten will — und dass nun daraus ein Schade entsteht. — Damit ist aber nur einseitig ein Moment, das intellectuelle, betont, und der Begriff der l. c. nicht erschöpft. Sie liegt auch vor, wenn man bei Nachdenken gewusst hätte, aber nicht nachgedacht, sich nicht Mühe gegeben hat aus Mangel an Energie, aus Trägheit, aus Leichtsinn, im Verkehrsrecht auch, wo man überhaupt gar Nichts gewusst hat, sondern ins Blaue hinein gehandelt hat etc.

Also: diese Stellen charakterisiren mit dem non intellegere einmal das punctum saliens des Gegensatzes der l. c. zum dolus: das Nichtwissen der Rechtswidrigkeit, andrerseits eine Seite, worin sie sich als Erscheinungsform der culpa

---

[1]) Unrichtig deducirt Baron, Civ. Archiv 52, 45 daraus eine Negligenz, die haftbar mache, obwohl sie keine culpa sei. cf. Pernice, Labeo II. 335 n. 20.

[2]) Diese Stellen ergeben zugleich, dass der Begriff der l. c. auf einem Nichtprästiren der diligentia beruht. Diligentia aber, die sich als Verpflichtung zu positiver Sorgfalt und Vermeidung alles Schädlichen darstellt, kann dem fremden Interesse gegenüber nur im Pflichtverhältniss, regelmässig nicht im ausseroontractlichen Verkehr gefordert werden. So sind diese allgemein redenden Stellen genauer betrachtet für die Frage nach dem Umfang der Gleichstellung von dolus und l. c. von Werth.

zeigt, indem die nimia neglegentia in einem non intellegere liegen kann. fr. 213 § 2 u. fr. 223 pr. cit., die wohl aus derselben Quelle stammen, vereinigen diese Gedanken allerdings nach Art römischer Definitionen nicht geschickt.

Es ist diesen Stellen alle Bedeutung für das materielle Recht abgesprochen worden. Vielmehr seien sie rein processual zu verstehen und geben über den ebenfalls processualen Begriff der l. c. Aufschluss. Dolus beruhe auf Wissen und könne daher nur mit Nachweis dieses Wissens als vorhanden angenommen werden. Dies sei nun ein unerschwinglicher Beweis, und solle anders dolus nicht ungestraft bleiben, so müssten jene Erleichterungen eintreten. Eine der wichtigsten sei, dass wenn der, welchem man dolus vorwerfe, sich nur durch Berufung auf eine ganz unglaubliche Unwissenheit davor schützen könne, dies einfach nicht geglaubt und der Beweis des Wissens als erbracht angesehen werde. In diesem Sinn sei l. c. einfach der nicht nachgewiesene, aber präsumirte dolus. Dabei berief man sich auf fr. 32 depos. 16. 3[1]).

Feiner ging Mommsen (l. cit.) vor, der, gestützt auf fr. 213 § 2 fr. 223 pr. citt. den Begriff der l. c. durch den in ihr enthaltenen unentschuldbaren Irrthum erklärte (sie also zur culpa zog), und darin eben den Schlüssel zu ihrer Gleichstellung mit dolus fand: der unentschuldbare Irrthum werde vom Recht nicht berücksichtigt, sondern gleich wie positives Wissen behandelt. — Die wesentliche Bedeutung der l. c. liegt somit auch hier im Beweisrecht; aber sie ist kein dolus praesumtus, sondern wird nur im Interesse des Klägers gleich wie dolus behandelt, weil eben einmal das Recht aus politischen Gründen dem unentschuldbaren Irrthum keine Beachtung schenken darf, will es nicht die Dummen und Faulen prämiren. Ueber die andern von Mommsen anerkannten Fälle einer l. c. und Windscheids Einwendungen s. oben sub 1. Die Definition ist einmal zu eng, und dann, trotz der scharfen Dialektik, die sich mit dem so gewonnenen Begriffe treiben lässt, inhaltlich nicht richtig.

Zwischen culpa und error besteht nun allerdings ein Zusammenhang[2]).

Beim Irrthum fehlt die Uebereinstimmung zwischen dem objectiven That-

---

[1]) S. oben § 3 in in.

[2]) Cf. die trefflichen Ausführungen Bindings l. cit. 310 ff. „der den dolus malus ausschliessende Irrthum", der strenge zwischen vorhandenem und angeblichem Irrthum unterscheidet und nachweist, dass der noch so sehr unentschuldbare Irrthum nie dolus ist.

bestand und dem subjectiven Bewusstsein. Das relevante Moment des Irrthums ist das negative, die ignorantia, und so werden die Begriffe ignorantia und error oft vertauscht. Wo die ignorantia bei der culpa auftritt, geschieht das einmal, um sie gegenüber dem dolus als unbewusste Illegalität zu charakterisiren, denn ignorantia schliesst den dolus aus[1]); dann aber ist sie, in völlig anderem Sinne, mitunter ein Merkmal eines culposen Thatbestandes (weil man Etwas nicht wusste, hat man unterlassen, gehandelt), ein Grund eines schuldhaften Handelns oder Unterlassens, aber nur einer von vielen: sie ist, wie das intellegere deutlich zeigt, in dieser Verbindung eine einseitige Betonung des Verstandesmomentes in der culpa. — So auch in unsern Stellen[2]). Die ignorantia an und für sich enthält keinen Vorwurf, und so ist auch dem error das Culpamoment fremd.

Nun finden wir aber da, wo sich der Irrende zum Zweck der Erlangung eines Vortheils resp. Abwendung eines Nachtheils auf seinen Irrthum ausnahmsweise berufen kann (Fälle des sog. echten Irrthums) das Erforderniss aufgestellt, der Irrthum müsse iustus sein, probabilis, tolerabilis[3]). Die Uebersetzung durch den Gegensatz von „entschuldbarer und unentschuldbarer Irrthum" ist kaum glücklich, indem man dies leicht mit „unverschuldeter und verschuldeter Irrthum" identificirt, und so der Gesichtspunkt eines Verschuldens des Irrenden zu stark urgirt wird. „Iustus" heisst gegründet, und als solches vom Recht anerkannt[4]), warum, darüber gibt das Wort selbst keinen weitern Aufschluss; „probabilis" heisst glaublich, was kann glaubhaft gemacht werden. Ihr Inhalt ist also in erster Linie objectiv vom Standpunkt des Beurtheilenden aus, nicht subjectiv, wie dies dem „entschuldbar" nahe liegt. — Diese Ausdrücke finden sich nun doppelt verwerthet, ohne dass diese Scheidung stets scharf ist; einmal im processualen Sinn als Glaubhaftigkeit, Wahrscheinlichkeit des vorgeblichen Irrthums[5]); dann

---

[1]) fr. 25 § 6 de her. pet. 5. 3. fr. 2 § 5 de d. m. exc. 44. 4. fr. 13 pr. depos. 16. 3. Die Formel sciens dolo malo. fr. 1 de his qui not. 3. 2. Cf. fr. 2 de term. moto 47. 21.

[2]) Jac. Gothofredus: de reg. juris 1652 p. 109 bessert: „solum ignorare, vel non observare, non attendere, quod omnes sciunt in civitate, ac proinde non curare id quod omnes curare solent.

[3]) fr. 5 § 1 pro suo 41. 10. cf. iusta causa errandi, ignorantiae, iuste putare, credere.

[4]) iustus dolor, iusta causa traditionis, und ebenso die oben cit. Ausdrücke.

[5]) fr. 15 § 5 quod vi ant clam 43. 24; magna et iusta causa ignorantiae. fr. 1 § 8 inspic,

im materiellen Sinn als Irrthum, dem von der Rechtsordnung die bezügliche Wirkung zuerkannt ist. Hierbei wird nun von verschiedenen Erwägungen ausgegangen, und der Gesichtspunkt der Schuld ist nicht durchgehende Basis.

So beruht es in erster Linie auf rechtspolitischen Zwecken[1]), wenn im Princip der Rechtsirrthum diese Folgen nicht haben soll; die Rechtsordnung versagt ihm für die Fälle, wo man, um Vermögensvortheile zu erhalten, Nachtheile abzuwenden, sich seiner bedienen will, diese Wirkungen: nicht in dem Sinne, dass sie den vorhandenen Rechtsirrthum als nicht vorhanden betrachtete, also mittelst einer Fiction oder Präsumtion geradezu ein Wissen annähme — nicht, als ob der Rechtsirrthum als l. c. erschiene, welche dem dolus gleichgestellt ist; sondern der Irrthum, welcher sonst zur Ausnahme Beachtung finden würde, wird, weil er Rechtsirrthum ist, zum Irrthum gezählt, der diese Wirkungen nicht hat.

Der dolus ist durch Irrthum stets ausgeschlossen, auch durch Rechtsirrthum; einmal der kriminelle dolus, wo der Handelnde durch einen Rechtsirrthum über die strafbare Beschaffenheit seiner Handlung getäuscht wird; andrerseits ist freilich die Berufung auf Unkenntniss des Strafgesetzes nur unter Beschränkungen zugelassen (dies ist dann wesentlich Beweiserschwerung!) — dann im Civilrecht; so schliesst auch der Rechtsirrthum wohl die bona fides nicht aus: wo es sich lediglich um die rechtlichen Folgen dieser bona fides an sich handelt, werden diese trotz ihm eintreten[2]).

Doch sind die Grundsätze nicht für alle Anwendungsfälle dieselben. Während

---

ventre 25. 4: iuste credere. Cf. fr. 14 § 10 aed. ed. 21. 1: Jemand kauft einen Sklaven, der eine grosse Wunde am Kopf hat, und will ihn nachher redhibiren, weil er sie nicht gesehen habe: bei so offenkundigen Fehlern wird eine solche Behauptung gar nicht berücksichtigt; sie ist jedenfalls nicht wahr, und so wird der Klage nicht Statt gegeben. Eine präsumtio im Interesse des Verkehrs. fr. 3 §§ 7. 8 fr. 4 quod vi 43. 24. Cf. den Einfluss der Probabilität des Irrthums je nach der Qualität des Irrenden auf die Vertheilung der Beweislast in fr. 25 pr. § 1 prob. 22. 3. Ferner ist zu beachten die Stellung des tit. D. de iuris et facti ignor. 22. 6. nach den Titeln de probationibus et praesumt., de fide instrument., de testibus 22. 3—5, die darauf hindeutet, dass er, wenigstens zum Theil, processuales Recht enthält. Andrerseits sind allgemein redende Stellen desselben oft restrictiv zu erklären.

[1]) „cum ius finitum et possit esse et debeat" fr. 2 in f. de iur. et f. ign. 22. 6. cf. c. 12 ht. 1. 18.

[2]) fr. 25 § 6 her. pet. 5. 3. § 5 I. usucap. 2. 6. So für die ausserordentliche Ersitzung.

principiell gilt „iuris ignorantiam cuique nocere“ (s. n. 2) und sich dies hauptsächlich in strenger Durchführung in der Usucapionslehre zeigt[1]), soll im Verkehrsrecht in gewissen nicht analog auszudehnenden Beziehungen für bestimmte privilegirte Klassen dem Irrthum auch als Rechtsirrthum diese Wirkung nicht versagt sein. Dass dies Privileg, nicht Rechtsgrundsatz, etwa auf Grund des Gesichtspunktes, ihnen fehle die culpa, ist, zeigt

c. 13 de iuris et facti ignor. 1. 18,

welche eine analoge Ausdehnung über die festgesetzten Fälle hinaus zu Gunsten der Frauen verbietet. So erscheint bei der Restitution des minor gegen ein nachtheiliges Rechtsgeschäft der Rechtsirrthum als iustus error[2]), wie er überhaupt bei jedem Versäumniss und Irrthum restituirt wird[3]); ferner wird ihm, wenn er eine Nichtschuld auf Grund von Rechtsirrthum bezahlt hat, die condictio indebiti zugestanden[4]), während sonst allgemein nur dem error facti[5]), nicht der iuris ignorantia diese Wirkung beigelegt ist[6]), ebenso wird der Frau, welche intercedirt und aus Unkenntniss des S. C. Velleianum gezahlt hat, die cond. indebiti gegeben[7]), und ein bestimmter Rechtsirrthum soll hier allgemein iustus error sein[8]), endlich wird der Soldat gegen die Folgen gewisser sogar auf Rechtsirrthum beruhender Fristversäumnisse restituirt[9]). — Es sind dies Privilegien vom verschiedensten Umfang[10]) und aus den verschiedensten Gründen;

Cf. Seuffert XI. 17a. Wächter in Abhandl. der Leipz. Jur.-Facultät: die bona fides. I. Theil p. 7. 9. 10. 23 etc. passim.

[1]) fr. 31 pr. de usurp. 41. 3. fr. 2 § 15 pro emt. 41. 4. fr. 4 de iur. et f. ign. 22. 6.

[2]) fr. 9 pr. de iur. et f. ign. 22. 6.

[3]) c. 8 de in int. rest. min. 2. 22. Cf. Savigny: System III. 429 ff. Denkbar wäre ja, dass wie bei dolus so auch bei error iuris die rest. propter minorem aetatem nicht einträte.

[4]) c. 2 si adv. sol. 2. 33.

[5]) c. 6. 7 de cond. ind. 4. 5. fr. 9 § 5 de iur. et f. ign. 22. 6: unterlassener Abzug der falcidischen Quart.

[6]) c. 10 de iuris et f. ign. 1. 18.

[7]) c. 9 ad S. C. Vellei. 4. 29. — fr. 25 § 2 de prob. 22. 3 hingegen spricht von error facti und ist nicht hieher zu ziehen.

[8]) fr. 1 pr. ut in poss. legat. 36. 4.

[9]) c. 1 de. rest. mil. 2. 51. c. 1 de iur. et f. ign. 1. 18. c. 22 § 15 de iure delib. 6. 30.

[10]) Die Berücksichtigung des Rechtsirrthums der Frau ist nicht so ausgedehnt wie die des

Zweck ist stets, vom Irrenden einen Nachtheil abzuwenden[1]), aber es wird hierbei nicht nach einem festen Princip verfahren.

Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel finden wir für die Fälle, dass Erfahren des Rechts unmöglich ist, eine Concession an die Billigkeit, welche Labeo aussprach, Paulus aber[2]) sofort in ihrer practischen Wirksamkeit stark beschränkt durch die Worte „quod raro accipiendum est“[3]).

Der iustus error facti, d. h. der error facti, auf den sich der Irrende beruft, um einen Vortheil zu erlangen resp. Nachtheil abzuwenden, und den die Rechtsordnung als dazu qualificirt anerkennt, beruht auf andern Grundsätzen, als der error iuris. Hier liegt für die Rechtsordnung nicht das Interesse vor, sich Geltung zu verschaffen, welches zur principiellen Nichtanerkennung des Rechtsirrthums geführt hat. Vielmehr soll im Allgemeinen facti ignorantia in diesen Fällen rechtlich relevant sein. Doch lässt sich die Rechtsordnung nicht nur durch Rücksicht auf den Irrenden leiten, sondern auch auf die andere Partei, welche immerhin durch diese Berücksichtigung des Irrthums leidet; ein allzu grober Irrthum wird nicht anerkannt; es soll auch die Dummheit nicht gegenüber der Aufmerksamkeit besser wegkommen[4]). Vielmehr legt hier das Recht

minor. — Beizufügen ist noch die Berücksichtigung des Rechtsirrthums bei rusticitas im Fall der versäumten Frist der bonorum possessio. c. 8 qui admitti 6. 9.

[1]) An obigen Satz schliesst sich das allgemein redende fr. 7 h. t. 22. 6 an.

[2]) fr. 9 § 3 h. t. 22. 6. cf. fr. 10 de b. p. 37. 1. fr. 2 § 5 qui ordo 38. 15.

[3]) Es ist daher nicht richtig, wenn wir in der ältern Litteratur die Grundsätze über den Rechtsirrthum auf den Principien der Culpalehre aufgebaut finden. So sei inscitia divinorum praeceptorum, iuris quod omnes in civitate vel ista professione sciunt, durchgängig l. c.; inscitia iuris quod humana natura vel lex sciri demum desiderat sei levis c., Unkenntniss des unter Juristen controversen Rechts und ganz singulärer Ausnahmen nicht einmal levis c. (Nisetus de culpa. Argent. 1675 pars IX.) so schon die Glosse p. 4 n. 3. Celsus Bargalius de dolo 568 sq.: die ignorantia iuris naturalis sei stets l. c., die ignorantia iuris positivi bei Juristen l. c., bei Laien levis c. Letzteres sei zwar controvers; aber es heisse ja, „c. l. est non intellegere, quod omnes intellegunt“, und das ius civile kennten doch nicht Alle. Die Unkenntniss eines Municipalgesetzes sei für die municipes l. c., für Auswärtige levis c. u. s. w. Namentlich auch Savigny, System III., Beil. VIII. 3 ff.: er will bei der Zersplitterung und den Controversen des heutigen Rechts die röm. Regeln über Rechtsirrthum nicht mehr so streng angewandt wissen, weil damals bei der Einfachheit (?) und Einheitlichkeit des Rechtszustandes ein Nichtkennen eher als c. erschien. p. 337 f.

[4]) cf. v. Bar in Grünhuts Ztschr. IV.: Zur Lehre von der culpa § 2.

einen objectiven, gedachten, aber der Empirie entnommenen Massstab an, „scientiam neque curiosissimi neque neglegentissimi hominis accipiendam, verum eius qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit“[1]), welcher völlig derselbe ist, wie der des diligens, bonus paterfamilias, welcher sich bei der Culpaprästation findet.

So ist für diese Anwendungsfälle in den Irrthum das Moment der Verschuldung hineingelegt[2]), und zwar wird nicht berücksichtigt der factische Irrthum, welcher auf hoher Negligenz der geforderten Diligenz, d. h. auf hoher culpa beruht[3]).

Die hohe Negligenz der diligentia ist also etwas Selbstständiges und Ursprüngliches, das hier nur neben den Irrthum hinzutritt; sie wird als einfacher Begriff bei gewissen Verhältnissen zur l. c. quae prope dolum est. Wo und warum, ist hier noch nicht zu untersuchen.

Aber gegen die Definition der lata culpa durch „unentschuldbarer Irrthum“ lässt sich nun Folgendes einwenden: Einmal ermangelt der Begriff des unentschuldbaren Irrthums so sehr jeden Princips, dass er als Ausgangspunkt für Construction anderer Begriffe untauglich ist. Denn wo ausnahmsweise der Irrende auf Grund seines Irrthums Zuwendung eines Vortheils resp. Abwendung eines Nachtheils verlangen kann, wird in concreto nicht berücksichtigt: 1. der Rechtsirrthum an sich, entweder durchweg oder mit einigen ziemlich willkürlichen, sich als Privileg darstellenden Ausnahmen, im Ganzen ohne Rücksichtnahme auf die Verschuldung. 2. Der factische Irrthum, wenn er auf grober Nachlässigkeit beruht. — Restitutio propter minorem aetatem endlich findet ohne jede Rücksicht auf die Natur des Irrthums, welcher die Verletzung bewirkt hat, statt.

Sodann ist gegen die Tauglichkeit dieses Begriffes mit Windscheid[4]) zu erinnern, dass levis culpa dann undenkbar wäre, da sie auf entschuldbarem Irrthum beruhen müsste; denn als „leicht verschuldeter“[5]) Irrthum lässt sie sich auch nicht in die Mitte zwischen entschuldbaren und unentschuldbaren Irrthum

---

[1]) fr. 9 § 2 in f. de iuris et f. ign. 22. 6.

[2]) fr. 7 pr. de in int. rest. 4. 1.

[3]) Deperditi et nimium securi hominis. fr. 3 § 1 h. t. 22. 6. cf. oben neglegentissimi hominis.

[4]) s. oben S. 5 n. 2.

[5]) So Keller Civilprocess (5. Ausg. Wach) § 51 p. 249 in fin. n. 606.

stellen, da „iustus" und „non iustus", welches sie wiedergeben sollen, ein Mittelglied nicht bieten.

Bei jener Auffassung würde eine unzweifelhafte Erscheinungsform der culpa durch einen nur für bestimmte Verhältnisse bestehenden Begriff gedeutet, der einerseits einfach ist, das Culpamoment nicht enthält, andrerseits durch die Verbindung des Gesichtspunkts der culpa und eines andern Moments entstanden ist. Dort, beim Rechtsirrthum, kann dieser Begriff, weil ihm das Culpamoment fremd ist, überhaupt nicht zur Erklärung einer Erscheinungsform der culpa verwendet werden; hier, beim unberücksichtigten factischen Irrthum, wird ein (aus Culpamoment und anderem Moment) gemischter Begriff nicht zur Definition eines einfachen Begriffs verwendet werden dürfen, und bringt, wenn die l. c. durch ihn soll erklärt werden, eine Beschränkung in sie hinein, welche derselben in der That fremd ist.

So ist zurückzukommen auf das, was oben über den Zusammenhang von ignorantia und culpa gesagt wurde. Der Irrthum schliesst den dolus stets aus: der non iusto errore ductus wird nie als wissend handelnd betrachtet, und, um dies hier nur kurz zu berühren, so ist auch die Erklärung der Gleichstellung von dolus und l. c. auf Grund einer Gleichstellung von dolus und „unentschuldbarem Irrthum" nicht richtig, und die Consequenzen, welche für den Umfang der Gleichstellung von dolus und lata culpa aus der Behandlung des „unentschuldbaren Irrthums" gezogen werden, sind zu weit gehend und unhaltbar.

Diese Ausführungen mögen genügen, uns zur Annahme der hergebrachten Lehre zu legitimiren, dass die lata culpa entwickelt ist von Seite der zu dolus gegensätzlichen culpa als höchste Nachlässigkeit in Beobachtung der geforderten Diligenz.

Dieser Begriff ist nun ein sehr weiter und ermangelt fester Abgrenzungen im Gebiete der culpa überhaupt. Das Bedürfniss, festern Anhalt zu erlangen, hat dazu geführt, dass man die Thatbestände aufzustellen suchte, welche stets eine lata culpa begründeten, dass man ein für allemal feste Formen finden wollte, deren Anpassen an den concreten Fall erkennen lassen würde, ob l. c. vorliege oder nicht. Es ist aber wie bei der ganzen culpa so auch hier zu betonen, dass diese Begriffe nicht a priori construirt werden können. Das römische Recht legt der Culpalehre zu Grunde den Massstab des diligens pater familias [1]). Dieser

---

[1]) Gegen diesen Massstab Binding l. cit. Note 519, welcher ihn als unbegreifliche

ist aber nicht ein für allemal gegeben, sondern beruht auf einem empirisch gewonnenen Resultat; er ändert sich desshalb nach Ort, Zeit, Anschauungen des Verkehrs, nach den Verhältnissen, in welchen er auftritt, nach der Gestaltung der wirthschaftlichen und technischen Fortschritte etc. So lässt sich sagen, dass die Beantwortung der Frage, in welchem Umfange eine culpa anzunehmen sei, stets aus einer Art Gewohnheitsrecht zu schöpfen sein wird[1]), indem der Regel des Lebens die Regel des Rechts muss entnommen werden. —

Neben diesen objectiven Massstab der culpa tritt der subjective einmal in dem Sinn, dass eine Vergleichung zwischen dem Verhalten des Beklagten gegenüber eigenen und gegenüber fremden Angelegenheiten für die Annahme einer Schuld im Process ein starkes Indiz bieten kann; dann so, dass bei gewissen Vertragsverhältnissen jeweilen neben dem allgemeinen Massstab dem durchschnittlichen Verhalten des Einzelnen in Verwaltung eigener Angelegenheiten eine Bedeutung zukommt.

Wie diese Fälle sich zur l. c. stellen, ist Gegenstand alten Streites, und zwar dreht er sich hauptsächlich um die Interpretation einiger weniger Fragmente. Sie sind noch kurz zu betrachten.

Vor Allem

fr. 32 depos. 16. 3 (Celsus l. XI. Dig.)[2])

Gewöhnlich wird auf Grund dieser Stelle neben der l. c. im gewöhnlichen

---

ὕστερον πρότερον bezeichnet. Der dort versprochene dogmatische Beweis steht leider noch aus. Dass der Massstab zum Mindesten eminent practisch ist, wird nicht geleugnet werden können. Mit was soll hier sicherer operirt werden können als mit der Empirie? und schliesslich bilden wir uns im diligens pater familias nicht das ὕστερον des besonnenen Menschen für die Beurtheilung des πρότερον, der besonnenen That, sondern er ist uns nur eine concrete Fassung für den abstracten Begriff der erfahrungsgemäss richtigen Handlung, und dies empfiehlt sich durch seine Realität. Sonst hätten ihn gewiss die röm. Juristen nicht gewählt. cf. Pernice, Labeo II. p. 336 n. 20 in f.

[1]) v. Bar l. cit. § 3.

[2]) „Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit.“ Es haben wohl wenige Fragmente des Corpus iuris eine so enorme Menge von Erklärungsversuchen, und so sehr divergente und zu den verschiedensten Consequenzen benützte erfahren wie dies fr. 32 depositi. Man vergleiche

Sinne eine andere lata culpa angenommen als ein Benehmen, welches der Schuldner in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden weiss. Die Anwendungsfälle sind streitig: ob jede culpa in concreto l. c. sei, oder ob beim depositum besondere Grundsätze herrschen, und ob damit ein Mehr oder ein Minder von der gewöhnlichen Haftung bezweckt sei. Doch bietet fr. 32 cit. für jene Construction keinen Anhalt. Seine Hauptbedeutung liegt darin, dass es einen historischen Blick auf die Ausbildung der Culpalehre gibt. Zuerst beim Depositum finden wir eine c. latior sich entwickeln; hier zeigte sich wohl auch am frühesten ein practisches Bedürfniss, die Haftung über dolus hinaus auszudehnen[1]). Nerva (unter Tiberius) wollte sie dem dolus in den Folgen gleichstellen, Proculus war dagegen, und Publius Juventius Celsus (unter Hadrian) entschied für Nerva. Das Princip war also durchaus noch nicht so fest, wie für die lata culpa zu Ulpians Zeit, in welcher die Entwickelung der Grundsätze über Schuldprästation abgeschlossen war und der Uebergang vom Schutz durch Delictsklage zum Schutz durch Civilklage sich vollzogen hatte. Die Vermuthung, die Begriffe seien damals auch noch nicht völlig fest ausgebildet gewesen, liegt sehr nahe, und bei dem Schwanken der Terminologie und der successiven Ausbildung der Schuldlehre ist wahrscheinlich, dass Nerva und auch Celsus nicht völlig dieselben technischen Begriffe gehabt haben wie Ulpian. Es fragt sich also, ob die culpa latior dieses

---

über diese ganze Lehre von der c. in concreto Hasse cit., speciell über dies Fragment § 63 und die Noten, in welchen die Erklärungsversuche aufgezählt sind. Näher auf die Frage und die Ansichten einzutreten, würde uns zu weit vom Wege abführen. Erwähnt seien nur: die Glosse, Richtiges und Falsches mischend: Latiorem c. dolum esse = latiorem c. dolo comparari. Wer nicht so diligens ist, wie homines solent esse, ist in fraude, nisi ad suum modum, quem ipse tenet in rebus suis, curam praestet in deposito. Sed quid, si tantum praestet in deposito, quantum in rebus suis, sed in suis non tantum, quantum hominum natura desiderat? Tenetur, quia est l. c. (trefflich). Umgekehrt ist in fraude, wer in suis diligentissimus, in deposito ut alii homines ist (!). Dagegen Jac. Gothofredus ad tit. Dig. de reg. iur. p. 112: „diligentia quam hominum natura desiderat ist diligentia diligentis patris familias.. Diese soll nicht prästirt werden, sondern nur eigene. Hugo Donellus comment. de iure civ. XVI. c. 7: „l. c. liegt nie vor, wenn die neglegentia der eigenen Sachen so gross ist, wie die der fremden, ausgenommen bei c. in faciendo, so in fr. 23 sol. matr. Für den Ausdruck c. latior verweist Doneau auf vis maior. Derselbe in Comm. ad. Cod. Just. lib. IV. tit. 34 depos. nimmt als Bedeutung von c. latior: latior quam levis c.

[1]) V. unten § 5 pag. 33.

Fragments identisch sei mit der lata culpa, culpa dolo proxima u. s. w., die wir später finden? Dass dies Fragment nicht zu einer Construction der lata culpa verwendet werden darf, wenn dies nicht der Fall ist, ist klar. Was die culpa latior sei, wird nun nicht direct gesagt. Aber die folgenden Worte sollen erläutern, warum Celsus das „dolum esse" für richtig hält: und zwar kaum so, dass die Regel durch eine Anwendung soll bewiesen werden, sondern die Vernünftigkeit derselben wird bewiesen durch eine andere anerkannte Regel. Eine fraus nehmen wir schon an, sagt Celsus, wenn Jemand [1]), der im Allgemeinen kein umsichtiger Mensch ist, dem depositum gegenüber nicht einmal das Mass von Sorgfalt anwendet, das er in eigenen Geschäften innezuhalten pflegt: er kann nicht bona fide handeln, wenn er gegenüber der deponirten Sache minder sorgsam verfährt, als gegenüber der eigenen. Dass er hier vorsätzlich gegen die übernommene Verpflichtung handelte, ist nicht bewiesen; vielleicht lag im betreffenden Fall nur culpa vor, und doch wird eine fraus angenommen. Diese kann begrifflich fraus nicht sein, und so liegt offenbar in diesen Worten statt eines materiellen ein processualer Gedanke. In diesem Fall soll der Nachweis, den Kläger geführt hat, es liege ein Schaden vor, und Beklagter sei dem depositum gegenüber nicht so sorgsam verfahren, wie er in eigenen Angelegenheiten zu sein pflege, genügen, um ein starkes Indiz eines vorsätzlichen Benehmens zu begründen. In der That sind mit diesen Dolusindicien, die in unserm Beweisverfahren nicht genügen würden, die Römer schnell bei der Hand. Sache des Schuldners ist es dann, wenn er kann, das Indiz zu entkräften. — Warum aber das „si quis non ad eum modum?" Eine fraus wird eben nicht schon angenommen, wenn Jemand nachlässig ist, oder schlechthin, wenn Jemand nachlässiger ist, als in seinen Sachen, sondern wenn Jemand, gewöhnlich schon nachlässig, es im einzelnen Fall noch in höherem Grade ist: er muss sich bewusst sein, dass er für Besorgung fremder Sachen wenigstens dies Bischen von Diligenz anwenden muss; denn die Folgen seiner Nachlässigkeit hat er gewiss schon erfahren; und so kann Verdacht eines dolus entstehen. Nun argumentirt der Jurist: Nehmen wir hier einen dolus an, so dürfen wir auch die Fälle einer Haftung für dolus auf culpa latior ausdehnen: erblickt man in diesem einzelnen Fall in einem vielleicht culposen Thatbestand einen dolus, so rechtfertigt dies die Gleichstellung

---

[1]) Zu lesen ist: et si quis, nicht etsi quis.

von culpa latior und dolus beim depositum. — Durch eine Regel des Beweisrechts in erster Linie wird also die Berechtigung der Gleichstellung von dolus und culpa latior demonstrirt, aber offenbar so, dass Celsus zeigen will, wie diese Gleichstellung sich anschliessen lasse an eine Bestimmung für einen Fall des Dolusbeweises, die schon jetzt bestehe, und wo auch ein unter Umständen culposer Thatbestand in die Haftung für dolus hineingezogen werde. Nehmen wir die culpa latior im Sinn der lata culpa Ulpians, so ist der Vergleich nicht ganz richtig, weil ein in erster Linie materiellrechtliches Princip durch eine singuläre Regel des Beweisrechtes, hervorgegangen aus der Schwierigkeit des Dolusbeweises und dem Bedürfniss, diesen zu erleichtern, erklärt wird. Gemeinsam ist beiden, dass die Ausdehnung auf practischem Interesse beruhte; aber bei dieser Beweisregel war wohl Nachweis möglich, dass trotz dem Indiz ein dolus nicht vorliege, während, sobald man die l. c. dem dolus „gleichstellt", für einen Fall erwiesener l. c. jenes nicht möglich ist. Es ist bei diesem Vergleich mit einem dolus praesumtus nicht undenkbar, dass die culpa latior des Nerva noch nicht der strengere Begriff der Ulpian'schen lata culpa ist (die noch nicht scharf entwickelt ist), sondern processuale Momente in sich enthält, wie ja oft Regeln des materiellen und des Beweisrechts von den Römern nicht strict getrennt sind. Man sucht die gewünschte Ausdehnung der Haftung in das Gebiet der Fahrlässigkeit hinein noch halb processual, nicht ausschliesslich auf materiellrechtlicher Grundlage zu construiren, und der Ausdruck „dolum esse" statt des richtigern prope dolum esse oder dolo comparari, mag mit hierin seinen Grund haben, nicht nur im Wunsch, das Edict, welches nur von dolus sprach, zu umgehen. Der mit nam et .... eingeleitete Satz endlich gibt kein Beispiel einer culpa latior, sondern motivirt die Behauptung ihrer Gleichstellung mit dolus; das Gemeinsame ist, dass die Beschränkung der Haftung auf dolus und das Fordern eines strengen Dolusbeweises als Hemmniss empfunden wird.

Für den Begriff der für uns wichtigen l. c. bietet also das Fragment nur historisches, nicht dogmatisches Material. Es ist eine historische Notiz, die Justinian aufgenommen hat, von grossem Interesse, weil sie zeigt, wie die Schuldlehre in der Doktrin sich entwickelte, und wie auf anderem Wege versucht wurde, dem Bedürfniss der Ausdehnung der Haftung zu genügen[1]). Dass im

[1]) Cf. S. 22 N. 2: Die Interpretation ist (um dies dem dort Gesagten beizufügen) je nach-

Benehmen, welches sich der Nachlässige in eigenen Angelegenheiten nicht zu Schulden kommen lasse, oder dass die c. in concr. lata culpa sei, sagt es nicht; ferner spricht es nur von der Schuldprästation beim Depositum und ist in Nichts zu generalisiren.

Der Massstab der diligentia quam suis, welcher sich in einigen Contracten findet, ist unzweifelhaft relativ spät und setzt eine feste levis culpa voraus. Wir finden noch Streit, ob in gewissen Verhältnissen nur für dolus oder auch für culpa gehaftet werde: so entscheidet Celsus in einer Stelle für culpa[1]) und Gaius[2]) lehnt beim commodatum utriusque gratia eine Haftung nur für dolus ab und nimmt eine für culpa an, die aber hier zu bestimmen sei wie beim Pfand und der dos. Diese Haftung ist offenbar eine Vermittlung zwischen den beiden extremen Haftungen für dolus und omnis culpa[3]). Der Schuldner soll frei werden, wenn er zeigt, dass die vorliegende neglegentia, auch wenn sie levis culpa ist, rebus suis consueta neglegentia ist. — Diese Erleichterung im Interesse des Schuldners ist nun nicht ein privilegium odiosum in dem Sinne, dass er für mehr als diligentia diligentis patris familias zu haften hat, sobald er in eigenen Sachen ausserordentlich vorsichtig und ängstlich oder talentvoll ist, während andrerseits auch der Gläubiger nicht so soll geschädigt werden, dass dem Schuldner alle und jede Nachlässigkeit hingeht, sobald er nur überhaupt eben so nachlässig zu

---

dem die culpa latior, das nam, das etsi als quamvis oder et si, das Verhältniss des zweiten zum ersten Satz aufgefasst wird, verschieden. Von Neuern cf. Löhr Theorie § 7: er nimmt latior für einen minuirenden Comparativ der l. c. (p. 32 N. 1), id. Beiträge p. 49: c. in concr. ist stets l. c. — Binding l. cit. p. 356 ff. nimmt mit Mommsen l. cit. 389 ff. eine absichtliche Zurücksetzung fremder Angelegenheiten hinter eigene an; s. dagegen Windscheid, Heidelb. krit. Zschr. III. 281 ff. Pandekten I. § 101 N. 10, II. § 265. Meistens wird in dem mit „nam et si" eingeleiteten Satz ein Beispiel einer c. latior gesehen. Glück XVI. p. 172 ff. Pernice, Labeo II. 366 meint, Celsus fasse den Begriff der culpa latior etwas weit, um die Haftung zu statuiren, während eigentlich eine c. in concr. vorliege, die wohl Celsus nicht anerkannte; im just. Recht sei der Begriff der l. c. enger. Holzschuher, Theorie u. Cas. III. 545 will für das depositum Haftung nur für c. l. in concreto, nicht in abstr. anerkennen; c. l. liegt darin, dass man diligentia in abstr. überhaupt nicht besitzt, und nicht einmal dies Mass von Sorgfalt anwendet.

[1]) fr. 52 § 2 pro socio 17. 2.

[2]) fr. 18 pr. in f. comm. 13. 6.

[3]) Pernice, l. cit. II. 361.

sein pflegt[1]). Jenes bestritt z. B. die Glosse[2]), dies mit Ausnahme einer culpa in faciendo Donell[3]) (culpa in concreto ist l. c. in faciendo), der aber die c. in concr. der fünf Verpflichtungsverhältnisse von der c. in concr. beim depositum unterschied. In diesem Punkt ist den Ausführungen Mommsens gegen Hasse beizustimmen, welch' letzterer inhaltlich die c. in concr. als l. c. hinstellt und nur in Bezug auf die Beweislast einen Unterschied statuirt. Er nimmt im Allgemeinen die Pflicht an, mehr Fleiss in fremden als in eigenen Sachen zu prästiren; Prästation von diligentia quam suis sei daher das Niederste, was man verlangen könne. Liege eine culpa lata in abstracto vor, so sei gleichgiltig, ob sie zugleich culpa lata in concreto sei; wichtig sei aber, ob eine culpa levis in abstracto auch culpa levis in concreto sei; denn einmal könne sie culpa lata in concreto sein, und zwar bei den Contracten, welche dolus prästiren liessen; andrerseits sei sie da culpa levis in concreto, wo der gewöhnlich Nachlässige sich durch Nachweis angewandter diligentia quam suis entschuldigen könne[4]). Sehr oft werde allerdings practisch die Praestation der diligentia quam suis und der diligentia diligentis zusammenfallen; aber wo der Schuldner für c. in concr. hafte, genüge nicht der Nachweis, dass ihm nicht levis culpa zur Last falle: er müsse dieselbe durchgängige Nachlässigkeit in suis rebus nachweisen. Wo der Schuldner für dolus und l. c. hafte, habe er nur zu beweisen, dass ihm keine l. c. in abstracto zur Last falle; der Gläubiger habe nachzuweisen, dass der Schuldner in suis rebus fleissiger gewesen, also die culpa levis in abstracto zur l. c. in concreto geworden sei.

Mommsen[5]) wies darauf hin, dass der Massstab, welcher bei der Vormundschaft, Societät, communio incidens und dos Platz greife, eine Modification der levis culpa sei, indem viele Stellen hier von Haftung für dolus und culpa sprächen. Der Unterschied zwischen dolus und culpa in concreto und lata culpa sei besonders bei der Vormundschaft deutlich: die Erben des tutor haften nur für dessen lata culpa[6]); und der Erlass der Haftung im Testament befreie von der

[1]) fr. 24 § 5 sol. matr. 24. 3.

[2]) ad fr. 32 depos. cit.

[3]) Donell, Comm. de iure civ. XVI. 7. §§ 8. 28.

[4]) Hasse, l. cit. §§ 25. 28. 40 sq. 49—51. 59 sq. 72.

[5]) Mommsen, l. cit. p. 374 ff.

[6]) c. 1 C. de hered. tut. 5. 54. fr. 4 de mag. com. 27. 8. Doch cf. unten § 12 ε.

Haftung für culpa in concreto. Eine rein processuale Auffassung des Unterschieds passe zu alle dem nicht. Uebereilt sei, daraus, dass dem für dolus und l. c. Haftenden die actio furti ausdrücklich versagt werde und dass sie bei dem für c. in concr. Haftenden nicht erwähnt werde, zu schliessen, c. in concreto sei lata culpa. fr. 32 depos. cit. erklärt Mommsen freilich anders als oben, und nicht zu billigen ist sein positives Resultat, levis culpa gehe in lata culpa über, wenn die fremde Angelegenheit, weil sie eine fremde sei, mit geringerer Sorgfalt als die eigene behandelt werde. Dies würde als dolus erscheinen, nicht als l. c.

Die c. in concr. kann nicht, wie bei Hasse, einerseits als privilegium favorabile des Schuldners, andrerseits als privilegium odiosum erscheinen, wonach ihr Nachweis in vielen Fällen einfach Dolusbeweis abgäbe. Auch bei Haftung für diligentia quam suis behält die l. c. ihren abstracten Begriff bei, der ihr durchweg eigen ist: Nachlässigkeit, die über alle Grenzen geht. Sobald sie vorliegt, kommt auf den Umstand, dass nur für culpa in concreto gehaftet wird, weiter gar Nichts an[1]); wo aber nur dolus und l. c. prästirt wird, kann der Umstand, dass der Schuldner durchgängig in eigenen Sachen umsichtig ist, wenn er einmal in Besorgung fremder Sachen nicht ebenso geschickt verfährt, nicht eine lata culpa annehmen lassen, sondern höchstens unter Umständen ein Indiz für dolus abgeben: der Name l. c. findet sich dafür nirgends, weil dies eben mit der materiellen l. c. Nichts zu thun hat.

Eine individuelle l. c. als materieller Begriff existirt also nicht in dem Sinne, dass das durchschnittliche Verhalten des Schuldners als Grundlage bei ihr in Betracht käme. Dass hingegen die Individualität des einzelnen Falles auf die richterliche Beurtheilung, ob eine l. c. vorliege, von Einfluss sein muss, ist klar; eine vernünftige Erwägung der Umstände wird stets Platz greifen. Wenn man bisweilen, aus einer Combination von fr. 32 depos. cit., fr. 5 § 4 comm. 13. 6 den Satz herausgelesen hat, der Depositar hafte, wenn er bei einer Feuersbrunst zuerst die eigene Sache gerettet habe und darüber das Depositum verbrannt sei, so ist, auch abgesehen von der Frage, ob hier nicht ein Nothstand wie in fr. 14 pr. praesc. verb. 19. 5 anzuerkennen sei, zu beachten, einmal, dass, enthielte auch fr. 5 § 4 cit. diesen Satz für die Haftung des Commodatars, Bestimmungen für

---

[1]) Mommsen, l. cit. p. 384 ff.

[2]) Dies sagt fr. 22 § 3 D. 36. 1, nicht, jede c. in concr. sei l. c.

das mea gratia eingegangene Commodat, welches omnis culpa prästiren lässt, nicht ohne Weiteres für das mir keinen Vortheil bietende depositum gelten, ferner, dass im einzelnen Fall darauf muss gesehen werden, wie der Brand verlief, ob noch Zeit gewesen wäre, das depositum zu retten, ob werthlose Sachen des Depositars geborgen wurden, das werthvolle depositum verbrannte, wie das depositum verwahrt war, was sich wieder nach seiner Beschaffenheit und Werth richten wird[1]), kurz, was man nach den Verhältnissen als ganz gewöhnliche und gebräuchliche Massregel fordern konnte.

So wird auch z. B. dem mit modernen Instrumenten ausgestatteten Geometer ein Fehler zur l. c. angerechnet werden können, der bei einem mit geringen Hilfsmitteln versehenen Feldmesser als solcher nicht erscheinen wird. Denn es entscheidet hier, wie gesagt, was im einzelnen Falle vernünftiger Weise erwartet werden darf, und dies modificirt sich mannigfach mit den Fortschritten der Technik[2]), dem Stand von Kultur und Wissenschaft, der Verschiedenheit der Umgebung, der Art der geforderten Thätigkeit, wo aus der Unthätigkeit eine schädliche Folge entstehen kann; der mehr oder minder leichten Beschaffbarkeit der Vorsichtsmassregeln: Alles dies gilt für die l. c. ebenso wie für die culpa überhaupt.

Dies mag zur Rechtfertigung der Auffassung des Begriffs der lata culpa, wie sie nun in der folgenden Behandlung unseres Themas feststehen wird, genügen.

---

[1]) Staatspapiere wird man anders aufbewahren als eine Ladung Heu.

[2]) Man vergleiche die Urtheile in Anwendung unserer modernen Haftpflichtgesetze. Nichtgebrauch heute leicht erhältlicher Schutzmassregeln kann jetzt eine schwere Schuld begründen, wo vor 30 Jahren noch nicht von Schuld gesprochen werden konnte; es kommen in Betracht die Stellung des Einzelnen, seine Betriebsmittel u. s. w. cf. Urtheil des schweiz. Bundesger. (off. Sammlung VIII. No. 109 Z. 7): an den Locomotivführer muss die Anforderung grösserer Diligenz gestellt werden (als an andere Leute) bei der grossen Wichtigkeit seiner Functionen für Leben und Sicherheit zahlreicher Menschen.

Umfang und Sinn der Gleichstellung von dolus und lata culpa.

I. Die Gleichstellung im Allgemeinen. Ansichten über deren Umfang.

§ 4.

Die lata culpa, deren Begriff oben entwickelt wurde, findet sich dem dolus in manchen Aeusserungen verglichen und gleichgestellt. Einmal wird ausdrücklich in Bezug auf bestimmte Verhältnisse, welche principiell nur für dolus haften lassen, die Haftung auch für lata culpa ausgesprochen[1]) mit den Ausdrücken „culpam dolo proximam contineri merito quis dixerit", „magnam neglegentiam placuit in doli crimine cadere", „culpa lata dolo comparabitur"; dann ist der Satz in einigen andern bestehenden Obligationsverhältnissen[2]) erwähnt: „dissoluta neglegentia prope dolum est", „lata neglegentia prope fraudem accedit", ferner finden wir[3]) „culpa dolo proxima dolum repraesentat" und „dolum accipere debemus et culpam latam"; ausserdem ist dieser Gedanke thatsächlich anerkannt; eine ausdrückliche scheinbar generelle Gleichstellung enthält nur

fr. 226 de V. S. 50. 16 (Paul.) „magna culpa dolus est".

Eine begriffliche Gleichstellung ist nach dem oben Ausgeführten nicht vorhanden; die Ausdrücke werden uns also als sprachlich starke Betonung einer Uebereinstimmung der Folgen erscheinen. In welchem Umfang diese aber anzunehmen sei, ob sie für alle Fälle des dolus ausserhalb wie innerhalb des Pflichtverhältnisses, wo nur immer der dolus seine Wirkungen äussere, gelte,

---

[1]) fr. 8 §§ 3. 6 de pracario 43. 26 (Ulp.). cf. fr. 32 depos. 16. 3 (Celsus). fr. 1 § 5 de O. et A. 44. 7. (Gaius). fr. 1 § 1 si mensor 11. 6 (Ulp.).

[2]) fr. 29 pr. mand. 17. 1 (Ulp.). fr. 7 § 1 susp. tut. 26. 10 (Ulp.).

[3]) fr. 1 § 2 si is qui test. 47. 4 (Ulp.). fr. 5 § 15 ut in poss. leg. 36. 4 (Ulp.).

steht in engstem Zusammenhange mit der Frage, wesshalb diese Gleichstellung, die ja eine ursprüngliche nicht ist, erfolgt sei, was ihr Sinn sei, wo sie hiermit ihre Berechtigung habe.

Die Frage nach dem Umfang ist eigentlich erst in neuerer Zeit eingehenderen Erörterungen unterzogen worden.

Die Glosse[1]) liess die Gleichstellung eine allgemeine sein, ausgenommen dass der tutor ob latam culpam remotus nicht infam werde[2]), und dass lata culpa die actio legis Corneliae[3]) nicht begründe — während sie anderwärts[4]) dieselbe für quaelibet fere criminalis actio, die ausdrücklich auf dolus gestellt sei, ausschliesst und[5]) meint, die l. c. werde zwar bestraft, aber nicht mit derselben Strafe wie dolus. Die spätere Litteratur, welche die l. c. in l. c. versutiae und l. c. ignaviae spaltete, liess diese auch in durchaus verschiedenem Umfang die Folgen des dolus haben[6]). Nach Verwerfung dieser Eintheilung wurde die Meinung herrschend, dass überall, wo es sich um Schadenersatz handle, l. c. gleich dolus zu behandeln sei[7]), während für dolus voraussetzende Delicte die Gleichstellung cessire. Nur müsse man sich bei lata culpa statt der a. doli einer a. in factum bedienen[8]).

Die neuere Doctrin weist auf das Bedenkliche einer solchen ausgedehnten Gleichstellung hin. Wächter[9]) will sie nur insofern eintreten lassen, als im bestehenden Obligationsverhältniss die Haftpflicht in gleicher Weise auf l. c. wie

---

[1]) ad fr. 1 § 1 si mensor 11. 6.

[2]) Anders ad fr. 7 § 1 susp. tut. 26. 10.

[3]) Nach fr. 7 ad l. Corn. sic. 48. 8.

[4]) ad fr. 226 V. S. 50. 16.

[5]) v. n. 3. cf. Ben. Carpzov, Practica P. I Qu. 1 § 51 der bei todeswürdigen Delicten die Gleichstellung leugnet, daneben die sonderbarsten Beispiele von l. c. bringt.

[6]) Cf. Celsus Bergalius, de dolo 562. 563. 565. 567. 574.

[7]) z. B. Jac. Gothofredus ad tit. de R. I. Genevae 1652 p. 111. Glück IV. § 323 und die dort Citt. Cf. Vangerow, Pand. I. (6) § 47: die Gleichstellung bezieht sich nur auf Obligationsverhältnisse, namentlich Schadensersatz, nicht öffentliche Strafen. Nicht völlig klar H. Donell, Comment. ad Cod. Just. Francof. 1599 L. IV. t. 34 p. 251: 15. 20 die Gleichstellung cessirt nur, wo das Gesetz ausdrücklich vorsätzliches Handeln fordert.

[8]) Glück, V. § 535.

[9]) Wächter: Würtemb. Privatrecht II. § 112 Note 12.

dolus erstreckt wird. Ebenso Unger[1]) und Burchardi[2]). Schwankend sagt Arndts[3]): culpa lata wird in Verpflichtungsverhältnissen dem dolus in der Regel gleichbehandelt; Goldschmidt[4]) bezieht die Gleichstellung nur auf Verschuldungsfälle bei Erfüllung gesetzlicher, vertraglicher und letztwilliger Verpflichtungen (ebenso Puchta[5]) und verneint sie für die Eingehung eines Vertragsverhältnisses. Aehnlich sagt Hesse[6]): „wo die Rechtsordnung die Verpflichtung, für das Interesse des andern Theils zu sorgen, anerkennt, und nach den allgemeinen Grundsätzen über Contracte der Verpflichtete nur für dolus haftet, ist c. l. gleich dolus hinsichtlich der Entschädigungspflicht." Regelsberger[7]) und Windscheid[8]) wenden jenen Satz auch auf Eingehung eines Vertragsverhältnisses an, und zwar so, dass sie den etwas nicht Gewolltes als gewollt Erklärenden bei seiner Antwort verhaftet sein lassen, als habe er gewollt. v. Ihering[9]) dagegen lässt das Princip sogar nur für das bestehende Contractverhältniss gelten, und weist auf die unerträglichen Consequenzen einer Anwendung im aussercontractlichen Verhältniss hin; ähnlich v. Bar[10]). Für Pernice[11]) resultirt aus eingehender Untersuchung dieser Frage, dass die Gleichstellung nur stattfindet, wo im Verkehrsverhältniss dolus in iudicium venit; Windscheid[12]) dagegen hält nach dem Stand der Quellen eine Beschränkung auf Vertragsverhältnisse für unrichtig, andrerseits ein festes Princip überhaupt nicht für ergründbar; und Mommsen[13]) wird durch seine Auffassung der lata culpa, welche vom Begriff des unentschuldbaren Irrthums ausgeht, zur logischen Consequenz einer Geltung des Satzes für das Gebiet des ganzen Civilrechts gedrängt.

---

[1]) Unger, Oesterreich. Privatrecht § 102, Note 20. 21.

[2]) Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1831) p. 288 N. 15.

[3]) Arndts, Pand. § 86.

[4]) Goldschmidt, Lucca Pistoja Aktienstreit § 24 p. 81 u. Nachtrag p. 20.

[5]) Puchta, Pand. § 265.

[6]) Hesse, Archiv für civ. Praxis 61 p. 247.

[7]) Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen 1868.

[8]) Windscheid, Wille und Willenserklärung, Leipzig 1878 p. 32 ff.

[9]) v. Ihering, in dogmat. Jahrb. IV. 12.

[10]) v. Bar in Grünhuts Zschr. IV. (1877) zur Lehre von der culpa § 12.

[11]) Pernice, Labeo II. 425.

[12]) Windscheid, Pand. I. § 101 N. 10.

[13]) Mommsen, Beiträge III. 354.

Diese Zersplitterung wird vermieden und die Frage gestaltet sich weit einfacher[1]), sobald die lata culpa als Vorsatzbegriff gedeutet wird. Löhr[2]), dem dolus bewusste Illegalität aus Gewinnsucht, lata culpa ohne dieselbe ist, liess sie „überall fast völlig gleich dolus behandeln"; anders stellte sich dies in den Fällen, wo nach ihm l. c. wissentliches Unterlassen, dolus wissentliches Handeln ist[3]): l. c. sollte regelmässig nur im Obligationsverhältniss möglich sein. Binding l. cit. formulirt dahin: l. c. kann Grundlage einer accusatio auf öffentliche Strafe sein, doch hat sie nicht dieselben Straffolgen wie dolus. Für Begründung einer aussercontractlichen Ersatzklage steht l. c. dem dolus gleich, und zwar wird bei reipersecutorischem Anspruch aus dem Thatbestand einer dolus fordernden Privatpönalklage bei l. c. eine actio in factum gegeben; ebenso ist exceptio doli aus l. c. möglich. Im Contract steht sie, ausgenommen für die Infamie, dem dolus gleich.

Die Untersuchung dieser Frage wird alle Fälle der Berücksichtigung dieser Schuldform betrachten und dabei von den Stellen ausgehen müssen, welche für einen einzelnen Anwendungsfall die Gleichstellung aussprechen, um dann überhaupt auf die Frage nach dem Umfang des Geltungsgebietes derselben einzutreten, und so mag sich die nachfolgende Gruppirung des Stoffes rechtfertigen.

II. Im Einzelnen.

A. Dolus und lata culpa im bestehenden Verpflichtungsverhältniss.

§ 5.

1. Das Contractsverhältniss, das contractsähnliche Verpflichtungsverhältniss, welches dolus und lata culpa prästiren lässt. Depositum, precarium, mensor. Sinn der Gleichstellung in diesen Verhältnissen.

a. Depositum. Die Ansprüche aus dem Depositum waren ursprünglich unzweifelhaft nur auf dem Wege der Delictsklage verfolgbar; Vertragscharakter

---

[1]) Binding, l. cit. p. 387.

[2]) Löhr, Theorie der culpa p. 29.

[3]) Löhr, Beiträge zur Lehre von der culpa p. 39 sq.

und Vertragsschutz erhielt das Verhältniss erst später[1]. In der lex Julia municipalis von 45[2]) erscheint eine a. depositi nicht unter den a. famosae, und Cicero[3]) erwähnt sie nicht unter den bonae fidei iudicia: dies zeigt, dass sie wohl noch in einer allgemeinen Delictsklage enthalten, nicht schon als Contractsklage entwickelt war. Diese bildete sich in Anlehnung an eine a. furti nec manifesti[4]). Die zwölf Tafeln gaben für das Depositum eine a. in duplum[5]), also eine Strafklage, der Prätor sodann eine a. in simplum und behielt das duplum nur für die Fälle eines depositum miserabile: hier ist die Strafklage wie beim furtum perpetua actio. Der Uebergang von der Strafe zum Schadenersatz enthielt offenbar die Abtrennung eines bestimmten Gebiets aus der Pönalklage und das Schaffen einer neuen Contractsklage. Doch vollzog sich dieser Uebergang nicht plötzlich; die formula in factum concepta, welche der Prätor zuerst ertheilte, charakterisirt sich noch als specialisirte Delictsklage; die Verbindlichkeit ist gestützt auf „rem dolo malo redditam non esse"[6]). Von l. c. hier noch keine Spur. Anders die formula in ius concepta mit dem Zusatz „ex fide bona" in der intentio; erst seit ihr haben wir Contractsklage und ist die Ausdehnung auf l. c. möglich. Es ist nothwendig, diese zwei nebeneinander bestehenden formulae mit ihren Consequenzen[7]) für die Betrachtung jeder Quellenentscheidung auseinander zu halten. — Nachwirkungen des ursprünglichen Verhältnisses zeigen sich noch in unsern

---

[1]) Cf. Pernice, Labeo I. 435.

[2]) l. 108—125.

[3]) Cicero de off. III. 17. id. de nat. deor. III. 30.

[4]) v. Ihering, Schuldmoment 30 ff. Cf. Demelius in Ztschr. für Rechtsgesch. II. 224 ff. Dernburg, Compensation 53 f. Pernice, Labeo I. 435 construirt eine a. poenalis wegen fides fracta ähnlich der a. rationibus distrahendis.

[5]) Coll. X. 7. 11. Asher, Ztschr. für Civilr. u. Pr. N. F. 22 will als Zwölftafelklage die wegen tumultus, ruina etc. ansehen und ist gegen die Herleitung aus dem furtum, gestützt auf fr. 67 pr. de furtis 47, 2, fr. 1 § 2 ib. Ebenso Arndts in Haimerls Vjschr. 17 p. 193. Beide Fragmente beweisen nur, dass Abläugnen des depositum nicht immer furtum sei.

[6]) Gaius IV. 47. Cf. v. Ihering, Rechtsschutz gg. injuriöse Rechtsverletzungen, Dogm. Jahrb. 23 p. 215 f. bes. p. 221 N. 1 wo aus dem Gesichtspunkt, dass dolose Wortbrüchigkeit beim depositum, einem Gefälligkeitsverhältniss, besondere Kränkung, iniuria enthält, erklärt wird, warum der filiusfamilias selbstständig die a. depositi in factum (aber natürlich nie in ius) concepta hat.

[7]) s. z. B. S. 36 N. 3.

Quellen, besonders deutlich in der Perpetuirung und Ausdehnung der Haftung bis zu casus nach dolosem Verkauf der deponirten Sache, auch wenn sie zurückgekauft und wieder als depositum behalten wird[1]; ferner wohl auch in der sonst geradezu unverständlichen Singularität[2], dass ein pactum „ne de deposito agat“ zulässig ist, obschon damit eigentlich das stets unzulässige pactum ne dolus praestetur eingegangen wird. Dies erklärt sich nicht aus „expressa nocent, non expressa non nocent“, sondern vielleicht aus dem Satz: „consentienti furtum non fit“[3]. Die wichtigste Folge ist die Beschränkung der Haftung auf dolus (streng in der form. in factum conc.). Für diese hat nicht allein das allgemeine Nutzenschema bestimmend gewirkt, welches selbst stets nur ein Faktor für die Ausdehnung der Haftung gewesen ist (man denke an die Ausnahmen z. B. Mandat), sondern der Umstand, dass der Delictsdolus ursprünglich einziger Klaggrund war. Diese Beschränkung auf dolus zeigt sich im dolosen Ableugnen; das Ableugnen, weil der Depositar eine dritte Person nicht für einen befugten Stellvertreter hält, begründet bei noch so unentschuldbarem Irrthum nie Haftung[5].

Die Folgen des Uebergangs zum Contractsverhältniss zeigen sich nun in Folgendem:

1. Zur Pflicht der Vermeidung einer perfidia tritt die Pflicht zur Prästation von bona fides, die actio ist eine bonae fidei a.[4] (formula in ius conc.)

2. Dass der Erbe bei Pönalklagen nicht in dolum defuncti succedirt, ist alter Rechtssatz; bei der a. dep. in simplum aber soll der Erbe für dolus defuncti

---

[1] Coll. X. 7. 10. fr. 1 § 25 depos. 16 3.. cf. in fr. 12 § 3 ib. die Meinung des Pomponius, strenger als die des Sabinus und Cassius in fr. 14 § 1 ht. (für semper moram facere videtur).

[2] Pomponius in fr. 7 § 15. fr. 27 § 3 de pactis 2. 14 „quamvis vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat.“

[3] fr. 7 § 14 in f. de pactis 2. 14 (Cf. jedoch fr. 1 § 7 depos. 16. 3). Von dolus praeteritus kann in der betr. Stelle nicht die Rede sein.

[4] In fr. 11 ht. 16. 3 ist die c. in culpae suspicio im weitesten Sinne genommen. Die erste Hälfte ist verschroben stylisirt, bietet übrigens gewiss nur ein Indiz. In der Folge ist bei ignorare jeder dolus ausgeschlossen. — Interpolation von hoc est — suspicio sit nimmt an Pernice, Labeo II. 417.

[5] fr. 1 § 23 gegen § 22 ht. 16. 3. fr. 1 § 16 ib. Cf. Coll. X. 4, welche den dinglichen Gesichtspunkt des dolo desinere possidere hineinbringt.

nach seiner Erbportion völlig haften (beim dep. miserabile, das gegen den Depositar selbst in duplum geht, also auf Strafe, ebenfalls in simplum)[1]. Hochwichtig ist hier fr. 7 § 1 ht. 16. 3 (Ulp.)[2]. Der Anspruch ist eben ein contractlicher und reipersecutorischer; das Delict ist nicht mehr an sich Haftungsgrund, sondern weil es das bestehende Obligationsverhältniss modificirt[3]. Der Uebergang zum Contractsverhältniss ist hier vollständiger erfolgt, als im Verhältniss zum Precarist, mensor: bei ihnen tritt diese Haftung des Erben nicht ein; die Ansprüche sind in dieser Beziehung nicht reipersecutorisch, sondern noch pönal.

3. Die Beschränkung auf den alten Delictsdolus genügt der Entwicklung zum Contractsverhältniss nicht; sie erweitert die Haftung auf l. c., sodass grobe Nachlässigkeit, welche eine Beschädigung bewirkt[4]) oder die Restitution unmöglich macht, der directen gewollten Pflichtverletzung gleich steht[5]. Das älteste Zeugniss liegt in fr. 32 ht. cit.; es zeigt, dass diese Ausdehnung erst in einer Zeit, welche das depositum als Contractsverhältniss schon kannte, und zwar nur langsam durch die Doctrin, nicht, wie die Formel der a. in factum beweist, den Prätor erfolgte und erst in Hadrians Zeit völlig zweifellos war[6]. Dass der Grund, den wir angeführt finden[6], warum die Haftung nicht bis auf omnis culpa ausgedehnt wurde, „quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, ipse

---

[1]) fr. 1 § 1, fr. 18 ht. 16. 3.

[2]) datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum. Quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit; ideoque in solidum unus heres tenetur, plures vero pro ea parte qua quisque heres est. Cf. die Haftung des Erben aus der cond. furtiva, die nur aus dem Gesichtspunkt des in dieser Klage fingirten dare oportere gerechtfertigt ist.

[3]) Cf. Hugo Donell ad C. Just. IV. 34 p. 257. fr. 49 de O. et A. 44. 7. Anders bei der nur des dolus gedenkenden a. in factum conc. Auf sie ist zu beziehen Theoph. IV. 12. 1, wonach die a. depositi nicht auf die Erben des Depositars übergeht; dies mochte auch bei der a. commodati in f. conc. gelten (Gaius IV. 47); beide waren eben specielle Delictsklagen. (v. Ihering, l. cit. p. 221 N. 1.)

[4]) Eigenthümliche Ansichten über Verfolgung des Anspruches ex deposito bald mit Contracts- bald mit Delictsklage bei Asher cit,, dag. Arndts cit.

[5]) fr. 1 § 5 de O. et A. 44. 7. c. 1 C. depos. 4. 34 hier jedoch interpolirt, cf. Coll. X. 8. Pernice, Labeo II. 415. Für die c. latior s. oben.

[6]) fr. 1 § 5 de O. et A. 44. 7 („placuit“).

de se queri debet" (eine Motivirung, die sich auch sonst findet), nicht stichhaltig ist, ist klar; er könnte ebenso gut überall sonst Platz greifen[1]) und ist nur Denkform; der wahre Grund liegt neben dem richtigen Princip, dass die Haftung des Schuldners, wo nur der Gläubiger Vortheil hat, nicht dieselbe sein dürfe, wie wo der Schuldner oder beide Contrahenten Nutzen aus dem Verhältniss ziehen, in der historischen Entwicklung des Instituts, das noch zu Ulpians Zeit den Uebergang zum reinen Contractsverhältniss nicht in allen Beziehungen vollzogen hat.

Durch die Autonomie der Parteien konnte die Haftung auf levis culpa und custodia ausgehnt werden, wovon ohne Zweifel häufig Gebrauch gemacht wurde. Dieselbe Haftung trat beim se offerre ein[2]).

Das Contractsverhältniss, welches bona fides erfordert, zieht hier also auch die vollständige Nachlässigkeit gegenüber der übernommenen Vertragspflicht in den Bereich der Haftung. Bevor der Grund dieser durch die Doktrin erfolgten Ausdehnung ermittelt werden kann, müssen noch andere Verhältnisse, welche eine z. Th. ähnliche Entwicklung aufweisen, untersucht werden.

b. Precarium. Auch beim precarium hat sich ein ähnlicher allmähliger Uebergang vom Schutz auf Grund eines Delicts zum contractlichen Verhältniss vollzogen. Durch unentgeltliche Ueberlassung einer Sache zu juristischem Besitz oder der Ausübung eines ius in re auf beliebigen Widerruf entstand keine Obligation[3]); es war zunächst ein rein factisches Verhältniss, vom Gesichtspunkt des precario dans aus oft mit der Schenkung verglichen[4]), davon aber durch die wegen des beliebigen Widerrufsrechtes beschränkte Disposition des Precaristen von vornherein unterschieden. Erst ein maleficium, die Verweigerung der Rückgabe, begründete das recuperatorische interdictum de precario[5]), welches gegen den Erben auch nur ging auf „quantum ad eum pervenit"[6]). Die Haftung war

---

1) Anders Binding, Normen II. 350 ff.

2) fr. 1 § 35 ht. fr. 2 § 24 vi bon. rapt. 47. 8. fr. 39 mand. 17. 1. — fr. 1 § 35 ht. 16. 3 se offerre bezeichnet nicht nur ein „sich Aufdrängen", sondern auch z. B. ein öffentliches Anerbieten (argentarius).

3) fr. 14 de precario 43. 26.

4) fr. 14 § 11 de furtis 47. 2.

5) fr. 2 pr. ht. 43. 26.

6) fr. 8 § 8 ht. 43. 26.

also auf dolus beschränkt; wollte man strengere Prästation begründen, so wurde das precarium in eine Stipulation eingekleidet, und das Interdict cessirte[1]).

Schon eine Annäherung an eine Auffassung als Realcontract ist der Umstand, dass in fr. 8 § 7 ht. 43. 26, wo die Geltung des Interdicts post annum motivirt wird, die Berechnung vom Moment des Gebens, nicht des begangenen dolus an geschieht. Diese neue Construction zeigt sich dann besonders deutlich in fr. 23 de R. I. 50. 17 (Ulp.), welches das precarium geradezu zu den Contracten rechnet, und darin, dass die classische Jurisprudenz neben dem Interdict eine a. praescriptis verbis gab: sie ist wie fr. 2 § 2 ht. 43. 26 besagt, aus der bona fides erwachsen[2]).

Zu Ulpians Zeit hat sich dieser Uebergang, soweit er überhaupt eintrat, vollzogen; von ihm finden wir auch die Gleichstellung von dolus und culpa dolo proxima resp. lata culpa ausgesprochen. fr. 8 §§ 3. 6 ht. 43. 26[3]). Die Worte des § 3 „merito quis dixerit“ deuten darauf hin, dass die Haftung für l. c. nicht eine alt hergebrachte war und gewiss im „dolus“ des Edicts nicht inbegriffen war; sie vollzog sich eben mit der veränderten Auffassung. Dass sie nicht auf levis culpa ausgedehnt wurde, obschon der Vortheil allein auf Seite des Accipienten liegt, beruht weniger auf Utilitätserwägungen[4]) als auf der eigenthümlichen historischen Entwicklung des Instituts[5]). Von einer l. c. geben uns die Quellen kein direktes Beispiel; wir haben uns zu denken eine durch grobe Nachlässigkeit, z. B. in der Aufbewahrung, verschuldete Unmöglichkeit

---

[1]) fr. 15 § 3 ht. 43. 26.

[2]) fr. 2 § 2 de prec. 43. 26. Cf. fr. 19 § 2 eod. „incerti condictio, idest (?) praescriptis verbis.“ Cf. Paul. S. R. V. 6. 10.

[3]) § 3: illud adnotatur, quod culpam non praestat is qui precario rogavit, sed solum dolum praestat, quamquam is qui commodatum suscepit non tantum dolum sed etiam culpam praestat; nec immerito dolum solum praestat is qui precario rogavit, cum totum hoc ex liberalitate descendat eius qui precario concessit, et satis sit, si dolus tantum praestetur; culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit. § 6: Et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire . . . .

[4]) Wie z. B. Jac. Gothofredus, reg. iuris ad fr. 23: es sei ein Geschenk, desshalb dürfe nicht mehr als dolus, und doch wieder wegen der Rückgabe eigentlich kein Geschenk, desshalb dürfe nicht weniger als dolus gefordert werden.

[5]) Cf. Hugo Donell, comm. iur. civ. XIV. c. 7 § 25.

der Restitution wegen gänzlichen Verlusts (l. c. desinere possidere) oder Deterioration der Sache.

c. Mensor. Die Entwicklung ist ähnlich. Das Interesse an richtiger Ausübung der Thätigkeit des agrimensor, die, weil opera liberalis, nicht als Vertragsobject, sondern als reine Gefälligkeit erschien, erhielt rechtlichen Schutz erst durch eine prätorische a. in factum für den Fall, dass dolos ein falsches Mass angegeben wurde; wahrscheinlich an die a. doli angeschlossen, welche wegen ihres infamirenden Charakters hier vermieden werden sollte[1]). Daraus erklärt sich die Meinung des Pomponius[2]), die Klage, die dem Interessenten zusteht, sei subsidiär, und wegen des Sklaven, der mensor sei, finde eher a. noxalis als a. de peculio statt; Ulpian will letztere zulassen. — Erhalten hat sich, dass die Erben des mensor nicht haften.

Daneben zeigt sich aber viel deutlicher eine andere Auffassung und ihre Consequenzen[3]). Dass die Klage perpetua sei, wird damit motivirt[4]), dass sie sich nicht aus einem Delict, sondern aus einer übernommenen Verpflichtung herleitet[5]), und Paulus[6]) gebraucht geradezu den Ausdruck „conducere mensorem". In Verbindung damit steht, dass die Uebernahme des Geschäfts durch den mensor zu persönlicher Dienstleistung anerkannt wird, so dass er für den dolus eines Andern, den er willkürlich substituirt hat, haftet[7]): dies sucht Paulus in merkwürdiger Denkform zu construiren „quia dolo malo versatus es qui tali homini credidisti." Hier passt der Gesichtspunkt des beneficium nicht mehr, es spielt schon eine bona fides hinein.

In Verbindung damit erscheint wohl die von Ulpian in fr. 1 § 1 ht. 11. 6 angeführte Gleichstellung von l. c. und dolus. Die Motivirung Ulpians, warum keine levis culpa und nur dolus prästirt wird, ist nicht ohne Mangel; denn fehlte wirklich jedes obligatorische Band, so konnte ja eine Haftung für levis culpa überhaupt nicht in Frage kommen; dieselbe war denkbar nur, wenn eine Ver-

---

1) fr. 1 ht. 11. 6.

2) fr. 3 § 2 ht. 11. 6. Cf. fr. 5 § 1 ht. (Ulp.). fr. 3 § 6 ht.

3) Cf. Unterholzner, Schuldverhältnisse II. § 706.

4) fr. 4 ht. 11. 6.

5) Glück XI. § 763 erklärt diese Motivirung frischweg für falsch.

6) fr. 4 § 1 fin. reg. 10. 1.

7) fr. 2 § 1 ht. 11. 6.

pflichtung zur diligentia anerkannt war. Daran schliesst sich der Ausspruch „lata culpa plane dolo comparabitur“ an; die l. c. war im dolus des Edicts nicht enthalten. Vom sibi ipsi imputare gilt was oben beim depositum: es ist nicht Grund des Nichteinstehens für culpa, ebensowenig der Umstand, dass der mensor keinen Vortheil hatte (denn auch wenn er ein honorarium, oder, wie Ulpian für die Anschauung seiner Zeit wohl bezeichnend sagt, eine merces erhielt[1]), blieb die Haftung dieselbe), sondern die historische Entwicklung der Klagbarkeit des Verhältnisses vor Allem, und die Anschauung, welche ursprünglich über dasselbe herrschte. — Die Klage ex dolo richtete sich z. B. gegen den mensor[2]), der in einem Theilungsprocess oder Verkauf zur Ausmessung eines Grundstücks, von welcher der Preis abhing, beigezogen, im eigenen Interesse, oder einer der Parteien zu Lieb oder zu Leid ein falsches Mass angab, wodurch dann der, dessen Theil adjudicirt wurde, der Verkäufer oder der Käufer, benachtheiligt wurde. Lata culpa machte haftbar, wo der mensor in der Berechnung die gröbsten Fehler begangen hatte, oder wo er eine Unrichtigkeit in seiner Rechnung zwar gesehen, aber aus Bequemlichkeit die Berechnung nicht neu aufgestellt hatte, weil er es wollte darauf ankommen lassen[3]); wenn er, ohne schaden zu wollen, ohne die genügenden Kenntnisse zu besitzen, aus ungebührlichem Selbstvertrauen als mensor aufgetreten war und nun falsch mass; wenn er überhaupt in der Erfüllung der übernommenen Besorgung auch nicht ein geringes Mass von Sorgsamkeit beobachtete. — Ein Quellenbeispiel haben wir auch hier nicht.

Die Regeln gelten in gleicher Weise für Architekten und Vermesser jeder Art, nicht aber allgemein für alle operae liberales. Mit dem proxeneta, der Geschäfte, Heirathen, Gesuche um Anstellung vermittelt, entsteht gar kein ju-

---

[1]) Haec actio dolum malum dumtaxat exigit; visum est enim, satis abundeque coërceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis qui civiliter obligatus non est; proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit; sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba Edicti; utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire.

[2]) fr. 4 § 1 fin. reg. 10. 1. fr. 3 § 1 ht. 11. 6.

[3]) Kaum richtig Hesse l. cit. p. 215, der als tertium comparationis zwischen l. c. und dolus die scientia aufstellt: „unrichtige Vermessung ist nur levis c.; l. c. liegt vor, wenn er weiss, dass das Resultat falsch ist, aber aus Nachlässigkeit, Trägheit, Leichtsinn es nicht verbessert und verschweigt.“

ristisches Verhältniss[1]; er haftet nur ex dolo und calliditate mit der *a* doli, also nur für wahren dolus (s. § 11 *α*).

Hieran ist anzureihen fr. 1 § 2 si is qui . test. 47. 4 (Ulp.)[2]. Wenn ein testamentarisch freigelassener Sklave nach dem Tode seines Herrn und vor dem Erbschaftsantritt, also in einer Zeit, wo unentschieden war, ob er frei werden würde, die Erbschaft dolos verringerte, konnte keine Civilklage gegen ihn gehen, denn er war statuliber und konnte also nicht mehr als Sklave bestraft werden; andrerseits hatte er seinen Herrn, als welcher die Erbschaft erschien, beschädigt, und konnte also nicht als Freier beklagt werden. Der Prätor gab nun rein aus Gründen der Billigkeit[3] während eines annus utilis eine Klage aufs Doppelte gegen ihn, falls er nachher durch Antritt der Erbschaft frei geworden war. Er haftete für allen Schaden, den er angerichtet hatte[4], nicht nur für furta, doch nur für dolus; die Klage hatte pönalen Charakter und war subsidiär. Daneben ging gegen ihn für alle Fälle die a. legis Aquiliae[5]. In § 2 cit. findet sich nun: culpa dolo proxima dolum repraesentat. Sollte also hier und demnach auch bei der a. furti (die ja hier nur wegen der eigenthümlichen Stellung des statuliber nicht gegeben ist) l. c. genügen und weist dies nicht auf einen Vorsatzcharakter der culpa dolo proxima hin? Diese Heranziehung der culpa dolo proxima lässt sich aber aus dem Vorhergehenden erklären. Ulpian sagt: culpa und neglegentia des statuliber ist nach erlangter Freiheit entschuldigt. Culpa kann nicht aquilische culpa sein; denn für diese spricht § 2 ausdrücklich die Haftung aus; sie ist vielmehr in ihrer Verbindung mit neglegentia die Vernachlässigung der diligentia, der Verpflichtung zu positiver Sorgsamkeit für fremdes Interesse. Von dieser diligentia kann aber nur in einem Verpflichtungsverhältniss die Rede sein, und an ein solches denkt Ulpian, freilich auch nur in Anwendung auf diese Haftung aus Billigkeit, denn zwischen Sklave und Herrn kann rechtlich keine

[1]) fr. 2 de prox. 50. 14.

[2]) Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. Culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est; sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc, quod damnum qualiter qualiter dederit . . . . .

[3]) fr. 1 § 2 ht. 47. 4.

[4]) fr. 1 § 10—14 ht. 47. 4.

[5]) v. N. 3.

Obligation bestehen. Heisst es also: die Nachlässigkeit des Sklaven ist nach erlangter Freiheit entschuldigt; unerhörte Nachlässigkeit, die nahe an dolus grenzt, wird diesem gleich behandelt — so ist vom Unterbegriff der neglegentia aus an ein Verhältniss zwischen Herrn und Sklave zu denken, welches in dieser Beziehung für das Recht relevant wird, und zwar liegt nahe, an den Fall zu denken, dass der Sklave Aufsicht über einen Theil des Vermögens hatte oder Rechnungsführer, dispensator war. Ein Pflichtverhältniss besteht nicht, sondern ein rein factisches; aber aus dem rechtspolitischen Grund, wie § 2 ihn für diese Klage aufstellt, wird auch es vom Recht berücksichtigt. Die Haftung des dispensator aber ist wohl gleich der des mensor[1]), und insofern ist diese Haftung, während die Klage Pönalklage ist, hier zu erwähnen. Denn in diesem einzelnen Fall trat offenbar der Gedanke der Verpflichtung hervor. Er haftet in diesem Fall aber nicht blos für Beschädigung der Erbschaft in rechtswidrigem Vorsatz, sondern auch für hohe Nachlässigkeit in Beaufsichtigung, Rechnungsführung, Verwaltung u. s. w.[2])

Beim depositum hat sich der Uebergang zum Contract so zu sagen völlig, bei precarium und mensor wenigstens theilweise vollzogen. Sie lassen den ursprünglichen Strafcharakter der Klage, wenn auch verwischt, immerhin noch deutlicher zu Tage treten als andere Verhältnisse, für welche sich dann eine weitergehende Haftung ausgebildet hat. Dass bei ihnen diese nicht eintrat, kann nicht als Singularität betrachtet werden. Denn es ist nicht richtig, die diligentia diligentis als Haftung, zu der die Obligation als solche verpflichte, hinzustellen. Die Haftung wurde vielmehr nach practischen und richtig abwägenden Rücksichten gestaltet, neben welche modificirend Einwirkungen der geschichtlichen Entwicklung traten. Die bona fides führte im Verkehrsrecht zu einer individuellen

---

[1]) Vielleicht ex anal. des tabularius in fr. 7 § 4 si mensor 11. 6, cf. aber auch N. 2. Das Ganze ist recht zweifelhaft.

[2]) Cf. haupts. Pernice, Labeo II. 389, id. Sachbeschädigung 88. 89. Vgl. zu dieser Klage fr. 12 § 6, fr. 13 de lib. causa 40. 12. — Binding l. cit. 355 will im Gegentheil in c. dolo prox. einen scharfen Gegensatz zu c. finden und nimmt für c. dolo prox. einen Fall des vorsätzlichen nicht gemeinen Handelns an. Schwer construirbar — und rechtfertigt der Zusammenhang wirklich eine solche begriffliche Gegensätzlichkeit zu c. und neglegentia?

Betrachtung der Verhältnisse: so wurde der Gedanke des Nutzens für die Bestimmung der Haftung fruchtbar (das commodatum mea, tua, nostra gratia), dann der Umfang, in welchem das contractliche Verhältniss die Thätigkeit der Contrahenten ergriff (societas), ferner die Betrachtung, dass ein Unterschied darin liege, ob die Verpflichtung freiwillig eingegangen oder erzwungen sei (Mandat, Tutel), der Umstand, ob Thätigkeit im fremden Interesse gar nicht, oder in der That, oder sehr dringend geboten war (falsche negotiorum gestio; negotiorum gestio; negotiorum gestio bei res alias peritura) etc. etc.

Die Beschränkung der Haftung auf dolus wäre an sich der Natur als Contract keineswegs zuwider, denn der Verkehr ausser dem Pflichtverhältniss (im weitern Sinne als Contractsverhältniss!) statuirt keine Verpflichtung, im Interesse des Andern thätig zu sein, macht also, abgesehen von der aquilischen culpa und einigen specialen Fällen der Verantwortlichkeit, nur für doloses Handeln verbindlich, während von doloser Unthätigkeit die Rede überhaupt nicht sein kann, im Pflichtverhältniss dagegen liegt, dass man auch, freilich in sehr verschiedenem Umfang, im Interesse des Andern thätig zu sein hat: eine wissentliche vorsätzliche Unthätigkeit macht verantwortlich. Um so mehr ist eine Haftung für culpose Unthätigkeit ausser im Pflichtverhältniss dem Princip nach nicht denkbar; nur die culpose Handlung resp. die sich an eine Handlung anschliessende und damit schädigende Unterlassung, oder die sich an eine Unterlassung anschliessende und dadurch verletzende Handlung und auch diese nur in den Fällen der lex Aquilia, macht verantwortlich; von Nachlässigkeit kann nur da die Rede sein, wo eine gewisse Anspannung verlangt wird.

Seitdem die Entwicklung des Verkehrsrechts sich in grösserm Umfang vollzog, genügte die Haftung für den alten Delictsdolus nicht mehr. Das Edict hatte für die besprochenen Fälle die Haftung für dolus beibehalten; Doctrin und Praxis fügten die lata culpa hinzu und dehnten so die Haftung in ein, wenn auch noch schmales Gebiet der culpa aus. So lange kein Gedanke eines Vertragsverhältnisses vorwaltete, hafteten Depositar, Precarist, mensor nur für Delict, furtum und Betrug, und hatten keine weitere Verpflichtung; eine Beflissenheit zum Thun, wenn auch noch so gering, konnte erst mit dem Uebergang zum Pflichtverhältniss gefordert werden. Warum ist diese nun aber anerkannt, und nicht, wie es möglich gewesen wäre, nur wirklicher dolus, bewusst rechtswidriges Handeln entgegen der übernommenen Verpflichtung, als Klaggrund

angesehen worden? Und was heissen denn die Ausdrücke wie „culpa lata dolus est“ etc.?

Die Quellen geben uns keine theoretische Erklärung. Aber es ist klar: die Ausdehnung lag wesentlich im Interesse des Verkehrs. War einmal eine wirkliche Verpflichtung angenommen, so war auch ein gewisses überlegtes Verhalten zur Erfüllung derselben geboten. Eine absolute Gleichgiltigkeit und Unbedachtsamkeit, ein Mangel jedes Denkens, ein völliges Ausserachtlassen dessen, was doch, wo man sich verpflichtet hatte, auf der Hand gelegen hätte, erschienen als frivole Fehler, unter denen der Gläubiger nicht sollte zu leiden haben. In der That war auch hier die Abgrenzung gegen dolus — das vorsätzliche Handeln gegen die Verpflichtung — recht schwierig. Man musste oft zweifelhaft sein, ob zu einem verletzenden Thatbestand positiv-böser Wille oder nur ein mehr im Charakter liegender Fehler, der meist auch als wirklicher Willensfehler erscheinen mochte, auf Seite des Verpflichteten gewirkt habe. Sollte da der Gläubiger Schaden leiden, weil er den schwierigen Beweis des Willens nicht erbringen konnte?

Es war einmal die Rücksicht auf den Gläubiger, dann überhaupt die rechtspolitische Erwägung, dass im Verpflichtungsverhältniss eine gewisse, wenn auch noch so geringe, durchschnittliche Aufmerksamkeit gefordert werden müsse, um dasselbe überhaupt verkehrsfähig zu machen, welche hier zu dieser Ausdehnung in das Gebiet der Fahrlässigkeit führte. Denn damit war ein objectiver Massstab gegeben, der sich im Ganzen gleicherweise an jeden Verpflichteten ohne Rücksicht auf seine geistige Beschaffenheit nur nach dem rein externen Factum anlegen liess, während der dolus ein Abstellen auf den internen Willen forderte und ein rein subjectiver Massstab war, dessen scharfe Durchführung stets nur den Unaufmerksamen, Dummen und möglichst wenig Denkenden zu Gute kommen wird, die mit ihrem Handeln resp. Unterlassen weitere Reflexionen nicht verbinden. Dass eine Berücksichtigung des Interesses des Berechtigten mitwirkte, ist gewiss eine gesunde Idee; vom Verpflichteten war damit nicht zu viel gefordert.

Die „Gleichstellung“ ist hier also eine aus practischen Erwägungen erfolgte Ausdehnung der Haftung gegenüber dem Berechtigten in das Gebiet der Nachlässigkeit hinein und will sagen, dass ein Verhalten zur Verpflichtung l. c. dem Mitpaciscenten gegenüber dieselben Folgen haben soll, wie sie regelmässig doloses

Verhalten hat. — Eine Ausdehnung des dolus so, dass er als theoretischer Begriff ein Moment der Fahrlässigkeit in sich aufgenommen hätte, ist undenkbar: und mag eine Abtheilung der Fahrlässigkeit in leichte und schwere als theoretische Abstufung auch nicht zu billigen sein, so kann sie doch practisch als quantitative auf die Beurtheilung einen Einfluss ausüben, der dann vom Recht anerkannt wird. — Für die meisten Consequenzen wird desshalb in diesen drei Verpflichtungsverhältnissen die l. c. practisch unter dolus mitumfasst.

Zu den Ausdrücken „culpa lata dolus est, dolum repraesentat, dolo continetur“, — die vorerst nur auf die Verhältnisse, bei denen sie vorkommen, anzuwenden und nicht analog auszudehnen sind — und ähnlichen führte einmal die Nothwendigkeit, in das Edict, welches nur dolus nannte, diese Ausdehnung hineinzulegen, weil man ja nicht das Edict corrigirte, sondern alle Weiterbildungen aus demselben heraus zu erklären versuchte; daneben sind aber diese Ausdrücke auch eine starke Bezeichnung für die practische Annäherung von dolus und lata culpa: in Verpflichtungsverhältnissen erschien die äusserste Nachlässigkeit gegenüber dem Interesse des andern Theils nicht weit entfernt von einer bewussten Vernachlässigung desselben, und eine scharfe Trennung der Schuldarten mochte hier überhaupt mehr untergeordneten Werth haben, als im ausserсontractlichen Verhältniss. Die Ausdehnung ist nicht lediglich aus processualen Gründen erfolgt, so dass bei bewiesener lata culpa stets dolus anzunehmen, diese also ein dolus praesumtus wäre. Das Interesse des Gläubigers, nicht zu oft wegen Schwierigkeit des Dolusbeweises einen Anspruch nicht durchführen zu können, wirkte allerdings mit, aber nicht in jenem Sinn: denn es kann klar zu Tage liegen, dass ein dolus nicht vorhanden ist, und doch tritt wegen l. c. die Haftung ein. In diesen Fällen wäre die Präsumtion falsch; ausserdem müsste sie überhaupt für alle Folgen des dolus gelten, was, wie nachzuweisen sein wird, nicht der Fall ist. Es ist vielmehr eine Ausdehnung der Haftung in ein Gebiet der Fahrlässigkeit, welche aus den verschiedenen angeführten Gründen beim Verpflichtungsverhältniss, welches dolus prästiren liess, in bestimmter Richtung theoretisch construirbar und practisch geboten schien. —

Für das ausserсontractliche Verhältniss liegen diese Gründe nicht in gleichem Masse vor, denn es überbindet regelmässig nicht die Verpflichtung, fremdes Interesse zu wahren, und so erscheint hier eine Ausdehnung der Haftung nicht an sich natürlich, wie im Pflichtverhältniss. Ob sie auch hier eintrat, ist nachher zu untersuchen.

2. Das Verpflichtungsverhältniss in Verbindung mit Erbrecht aus letztwilliger Verfügung und Gesetz; Verpflichtung zur Geschäftsführung kraft Gesetz — welche dolus und lata culpa praestiren lassen. Haftung des immissus. Haftung aus öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, nicht für lata culpa. Argentarius.

§ 6.

a. Beim Fideicommiss findet sich das Interessenprincip wieder durchgeführt. Hat der Fiduciar vom Fideicommiss keinen Vortheil, so haftet er nur für dolus und lata culpa.

α. Universalfideicommiss.

fr. 22 § 3 ad S. C. Trebell. 36. 1 (Ulp.) ist unter dem Recht des Pegasianum entstanden. § 1 ib. erwähnt die Möglichkeit, den Erben zum Antritt zu zwingen: wollte er nicht antreten, so zwang ihn ex S. C. Peg. der Prätor auf Begehren des Fideicommissars zur Antretung und Restitution der ganzen Erbschaft ohne Abzug der Quart, worauf die Folgen des S. C. Trebellianum eintraten[1]). Restituirte der Fiduciar freiwillig Alles, so haftete er als Erbe für die Schulden und zwar ganz; hatte er nicht völlig zu restituiren, so mochte er das richtige Verhältniss durch stipulationes partis et pro parte herstellen; dasselbe musste er thun, wenn er die Quart abziehen wollte. Um dieser Haftung zu entgehen, liess er sich, wenn er von der Wohlthat des S. C. Peg. keinen Gebrauch machen wollte, daher pro forma vom Fideicommissar zum Antritt der Erbschaft zwingen und erlangte dadurch Haftung desselben ex Trebelliano für alle Schulden. — In diesem Fall, sagt Ulpian, haftet der Fiduciar nicht für alle zu Grunde gegangenen Sachen, sondern nur, wenn sie dolo und culpa dolo proxima, nicht culpa levi und rebus suis consueta neglegentia[2]) zu Grunde gegangen sind. Diese letztere prästirt er, wenn er vom Fideicommiss einen Vortheil hat, und dies ist nun, wo Obiges nicht eintritt, wegen des Abzugs ex Pegasiano regelmässig der Fall; er haftet dann für seine Quart, und so liegt mehr

[1]) Ulp. fr. XXV. 16.

[2]) Pernice l. cit. II. 313. 314 will in non levi et rebus suis consueta neglegentia eine culpa in concreto nicht finden.

die Analogie einer communio vor. Im justinianischen Recht ist diese communio noch mehr betont, indem stets der Fideicommissar heredis loco soll behandelt werden; der Unterschied der Haftung ex dolo und culpa lata und ex culpa in concreto hat auch hier noch völlig seinen Werth.

β. Singularfideicommiss.

In fr. 108 § 12 leg. I. (African.) haben wir den Fall, dass einem Legatar oder Singularfideicommissar ein Fideicommiss auferlegt ist. Sie haben das Recht des Abzugs der Quart nicht, und nur den ihnen gemachten Abzug hat der Fideicommissar mit zu tragen: so soll, um zu bestimmen, ob sie auch Nutzen haben, darauf gesehen werden, ob sie noch etwas Anderes aus dem Testament erhalten oder nicht; in diesem Fall prästiren sie nur dolus und (nach Obigem zu ergänzen) l. c., in jenem, weil utriusque commodum vorliegt, culpa, d. h. culpa in concreto[1]).

Also zwei Fälle einer Haftung für dolus und l. c. in Folge Verpflichtung aus letztwilliger Verfügung, von der der Verpflichtete keinen Vortheil hat.

b. Hieran ist anzureihen eine Streitfrage betreffend die Collation der Descendenten[2]). Bei Collation der Emancipirten haftet der Collationspflichtige für die Zeit vor dem Tode des Erblassers nur für dolo malo desinere possidere, für die Zeit nach dem Tode für culpa in concreto[3]). Gegen die Ansicht von Fein, Sintenis und Seuffert[4]): auf Grund davon sei zu behaupten, dass bei der Collation der Descendenten der Collationspflichtige bis zur Antretung der Erbschaft nur für dolus und l. c., nachher für c. in concreto hafte — wendet sich mit Recht Arndts[5]), und hebt unter Anderm hervor, was für uns einzig in Betracht kommt, es sei unrichtig, bei der Collation der Emancipirten die l. c. dem dolus gleichzustellen, und dann sei willkürlich, in der angeführten nov. 97 c. 6 eine Beschränkung auf l. c. zu finden.

---

1) Cf. Arndts, Pand. § 583. Puchta, Pand. § 555. Sintenis, Civilrecht III. 219 Anm. 15.

2) fr. 1 § 23, fr. 2 § 2 de collat. 37. 6.

3) Arndts, Pand. § 530 Anm. 1. — Darauf ist wohl nach Analogie der Erbgemeinschaft die culpa des fr. 2 § 2 cit. zu erklären.

4) Fein, Recht der Collation p. 313 (mir nicht zugänglich). Sintenis, Civilrecht § 189 Anm. 31. Seuffert, Pand. § 587 Anm. 7.

5) Arndts, l. cit.

Die Verpflichtung zur Collation entsteht beim Emancipirten erst durch den Tod des Erblassers, und erst von diesem Moment an kann Sorgfalt von ihm gefordert werden; vorher steht er mit seinem Vermögen noch in gar keiner Beziehung zu den ev., wenn er Erbe wird, ihm gegenüber Collationsberechtigten. Er hat keine Verpflichtung, für das Interesse derselben zu sorgen, und kann daher nicht verantwortlich gemacht werden, wenn er einen Erwerb versäumt, z. B. eine ihm deferirte Erbschaft ausgeschlagen hat[1]). Die Vorschrift, vor dem Tode des Erblassers werde für dolus gehaftet, heisst also, es sei zu conferiren, was noch vorhanden sei plus dem, was vor dem Tode des Erblassers eius esse desiit dolo malo, und erst nach dem Tode des Erblassers haftet er auch für culpa. Dieser dolus ist aber streng zu nehmen; der dolus beim dolo desinere possidere ist Delictsdolus, und nur in seltenen Fällen (precarium, Schatzungseid gegen den tutor) auf l. c. ausgedehnt. Das Vermögen soll nicht dolos im Hinblick auf die Collation verringert werden. Der Emancipirte hat völlig freie Hand, mit seinem Vermögen vorzunehmen was er will, wie jeder gutgläubige Besitzer; aber wie dieser sich nicht, um einer drohenden rei vindicatio zu entgehen, der Sache entäussern darf (dann ist er malae f. possessor), so soll auch er nicht sein Vermögen dolos im Hinblick auf die Collation verringern. Thut er es, so wird er angesehen, als habe er die Sache: aber der dolus ist ihm nachzuweisen, und es genügt nicht, zu zeigen, dass er grob nachlässig verfahren sei (z. B. ein Anderer hat die Sache usucapirt). Er hat einstweilen einzig die Verpflichtung, einen möglichen künftigen Anspruch nicht dolos zu hintertreiben. Mit dem Tod des Erblassers wird dies anders, denn nun kann er bonorum possessio mit den sui erlangen. Die Collation der Emancipirten ist aber auch eine andere, als die justinianische Collation der Descendenten: die Zulassung des emancipatus zum Erbrecht beschränkt den suus, und was ihm dadurch genommen wird, ist ihm andrerseits wieder möglichst zu ersetzen, indem er an dem seit der Emancipation erworbenen Vermögen indirect Theil nimmt. Eine engere Verpflichtung entsteht hier erst mit dem Tode des Erblassers. Die justinianische Collation der Descendenten hingegen (die Collation der Emancipirten besteht nicht mehr) beruht auf dem Gedanken, dass nicht einzelne genau specialisirte Zuwendungen des Erblassers eine Ungleichheit zwischen den im Erbrecht

---

[1]) fr. 1 § 23 cit. in f.: hic et sibi insidiatus est.

Gleichstehenden schaffen sollen, und für diese genau bestimmten Vermögensstücke (nicht, wie dort, ein ganzes Vermögen) erscheint der Erbe von vornherein zur Sorgfalt verpflichtet und haftet für culpa in concreto vom Moment des Empfangs an. Nov. 97 c. 6 redet in der That von Haftung für culpa, nicht l. c. bei Collation der dos, und diese ist wie beim Miterbenverhältniss als c. in concr. zu nehmen.

b. Haftung der Erben des tutor, curator, socius für eigene Schuld.

Tutela, cura, societas sind höchstpersönliche Verhältnisse; mit dem Tod des tutor oder socius tritt sein Erbe nicht an seine Stelle in die Obligation. Nur aus Zweckmässigkeitsgründen ist im Interesse des Mündels und der socii ihm eine gewisse Pflicht zur Fortführung der Geschäfte auferlegt.

α[1]). Der Erbe des tutor soll, was sein Erblasser begonnen, zu Ende führen, und im tutelae judicium, in welchem er für dolus und l. c. seines Erblassers angesprochen wird (s. unten p. 66), kann auch der dolus des Erben selbst bei dieser seiner eigenen Administration geltend gemacht werden, nicht die neglegentia[2]), aber doch die l. c. c. 17 C. de neg. gestis 2. 19 (Diocletian und Maximian[3]), welche dies bezeugt, bezieht sich in der That, wie der Inhalt klar zeigt, auf eigene l. c. des Erben, nicht auf eine Haftung für l. c. des Erblassers[4]). Sie gibt auch Aufschluss über die Construction dieser Haftung. Das „officium administrationis" geht nicht auf die Erben über, und die Haftung kann also nicht daraus hergeleitet werden, dass sie ex tutela oder societate verpflichtet werden, wie dies auch zur Evidenz fr. 6 § 6 de his qui not. 3. 2 (Ulpian) zeigt „heres neque in tutelam neque in societatem succedit, sed tantum in aes alienum defuncti." Er wird vielmehr selbstständig rein nur im Interesse des Mündels verpflichtet, die begonnenen Geschäfte einstweilen fortzuführen, bis für den Mündel anderweitig gesorgt ist, und diese Verpflichtung wird hinwieder

---

[1]) fr. 1 pr. fr. 4 pr. § 1 de fideiuss. 27. 7.

[2]) fr. 4 § 1 cit.

[3]) Curatoris etiam successores, negotiorum gestorum utili conventos actione, tam dolum quam latam culpam praestare debere, nec ad eos officium administrationis transire, ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit.

[4]) Wie es die Glosse will.

unter den Gesichtspunkt einer negotiorum gestio[1]), einer freiwilligen Geschäftsführung gebracht. Es ist mehr eine Pflicht des Anstandes als des Rechtes, und eine Verwandtschaft zeigt sich darin, dass wie bei der negotiorum gestio in re alias peritura[2]), dringender Gefahr, die Haftung nur auf dolus und l. c. geht; diese wird entweder in Verbindung mit Ansprüchen aus der Verwaltung des tutor mit a. tutelae oder für sich aus der Handlung des Erben als utilis a. negotiorum gestorum gegen den Erben geltend gemacht. Wenn der Erbe also die Geschäfte des Bevormundeten fortführt, haftet er für dolus und l. c. wie jener neg. gestor; doch ist er verpflichtet, die vom Erblasser begonnenen Geschäfte (wohl nur die wichtigen) zu Ende zu führen, ohne dass desshalb die Haftung eine andere wird. Kommt er der Verpflichtung nach, so wird er wie jener freiwillige Geschäftsführer behandelt. — In beiden Fällen liegt also eine Verpflichtung gegenüber dem Mündel vor, und so hat wohl, wenn dieser negotiorum gestio oder Vorhandensein begonnener Geschäfte, aber Nicht-zu-Ende-Führen derselben durch den Erben nachweist, der Erbe Abwesenheit von dolus und l. c. darzuthun. Dies scheint die richtige Lösung der Controverse; die Quellen geben keinen directen Anhaltspunkt.

Es ist also klar, dass die Haftung des Erben für dolus und l. c. in eigenem Handeln resp. Unterlassen auf ganz anderer Basis beruht, als die Haftung für dolus und l. c. des Erblassers.

Hieran ist anzuschliessen c. 20 de neg. gestio 2. 19.

Sie will, wie Hasse[3]) nachweist, nicht den Unterschied zwischen Haftung eines tutor und curator und eines neg. gestor daraus herleiten, dass jener gezwungen, dieser freiwillig gerire, sondern die Kaiser antworten der Implorantin, dem tutor sei durch sein Amt der Umfang seiner Verpflichtung gegeben, und diesen müsse er ganz ausfüllen; der aber, welcher hier für sie, ohne tutor zu sein, aufgetreten sei, sei neg. gestor, und ein solcher sei nur verpflichtet, gerade das, was er angefasst, zu Ende zu führen, nicht mehr. Es sei also keine Rede von Haftbarkeit wegen Unterlassung von Dingen, mit denen er sich überhaupt

---

[1]) Auf diesen Zusammenhang dieser Haftung und des neg. gestor weist auch hin Löhr in s. und Grolmans Magazin IV. 502.

[2]) Cf. unten § 7 b. α.

[3]) Hasse, culpa § 73.

nicht befasst habe. Wie soll er aber in dem, was er gerirt hat, haften? Nicht nur für dolus und l. c., sondern auch für levis culpa. Dies „non tantum“ muss auffallen, denn der tutor prästirt ja c. in concr. und diese wird in der Mehrzahl der Fälle mit der levis culpa zusammenfallen. Es ist dabei offenbar an den Unterschied von jenem neg. gestor gedacht, welcher auch nicht tutor ist, aber als Erbe des tutor die Geschäfte weiterführt und so als neg. gestor in re alias peritura nur für dolus und l. c. einsteht; hier liegt der Fall anders: wir haben eine gewöhnliche negotiorum gestio und desshalb Haftung für levis culpa.

Hieran ist anzureihen c. 2 C. de in litem iur. 5. 53 (Antonin).

Gegen den Erben, von welchem Rechnungsablage gefordert wird, kann der Kläger, falls Jener dem Befehl, das Inventar vorzulegen, dolo oder l. c. nicht nachkommt, sein Interesse mit iuramentum in litem schätzen. Ein Beispiel des dolus gibt die Constitution selbst: „circumveniendi pupilli gratia“ eine l. c. kann darin liegen, dass der Erbe, welcher sich mit der Verwaltung abgegeben, das Inventar durch Liederlichkeit verloren oder vernichtet hat und es also nun nicht restituiren kann.

Ferner fr. 5 § 15 ut in possess. legat. 36. 4 (Ulpian)[1].

Erhielt der Legatar da, wo er zu Satisdation für Erfüllung seines Anspruchs berechtigt war, diese nicht, so gewährte ihm der Prätor eine eigenthümlich gestaltete missio in possessionem der Sachen, welche sich im Nachlass befanden und dazu causa cognita derer, welche dolo malo des Erben sich nicht mehr in demselben befanden, um ihn auf diese Weise zu sichern. Dieser dolus bestimmt sich näher als ein dolus, qui in necem legatariorum etc. factus est, und richtig weist Pernice[2]) auf die Verwandtschaft mit „in fraudem creditorum“ bei der a. Paulliana hin. Zweck beider ist, „den Gläubigern die Executionsobjecte zu erhalten“, und der Wille muss sich darauf richten, sie ihnen zu entziehen. Die Ausdehnung auf l. c. erklärt sich aus dem Verhältniss von Erbe und Legatar und dem Interesse des Gläubigers; sie liegt im Gegensatz zum Fall des dolus vor, wenn der Onerirte den Nachlass verschleudert, ohne eine Beeinträchtigung

[1]) Dolum accipere debemus et culpam latam, sed non omnem dolum, sed qui in necem legatariorum et fideicommissariorum factus est. Es ist übrigens bei der sonderbaren Ausdrucksweise des Satzes (schon die beiden sed) nicht undenkbar, dass die Worte „et culpam latam, sed“ nicht Ulpianisch sind.

[2]) Pernice, Labeo II. 403.

der Legatare zu bezwecken, und nachher dann Satisdation verweigert. Bei seiner Verpflichtung dem Legatar gegenüber muss ein solches Benehmen sich als l. c. darstellen, und diese erscheint im Interesse der Gläubiger unter Umständen (causa cognita) als genügender Grund zu dieser weitgreifenden immissio, welche in das Vermögen Dritter eingreift, um den Gläubigern zu ihrem Rechte zu verhelfen; denn dadurch wurde auf den Verpflichteten selbst ein Druck ausgeübt. — Neben der in dieser Stelle enthaltenen allgemeinen Charakterisirung des dolus kann von einem Vorsatzcharakter der l. c. nicht die Rede sein.

Für die Ausdehnung des dolo desinere possidere auf ein l. c. desinere p. liegen hier also besondere Gründe vor, wie in ähnlichen Fällen auch noch; der allgemeinen Frage nach Gleichstellung von dolus und l. c. gerade beim dolo desinere possidere ausserhalb des Verpflichtungsverhältnisses wird damit nicht präjudicirt.

β. Ebensowenig ist der Erbe des socius auch socius. „Tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent; in quibus dolus eius admitti potest“ [1]). Auch hier also eine gesetzliche Verpflichtung zur Thätigkeit, obschon die ursprüngliche vertragliche Haftung nicht übergeht; der Gesichtspunkt der negotiorum gestio ist nicht erwähnt, lässt sich aber ebenso wie oben construiren, und gleicherweise die Haftung für dolus, und, wie anzunehmen ist, l. c.

In diesen beiden Verhältnissen findet sich die l. c. also in Verbindung allerdings nicht mit einer contractlichen Haftung, aber mit einer gesetzlich statuirten resp. freiwillig übernommenen Pflicht, für fremde Interessen einzustehen.

c. Als Mittelglied lässt sich zwischen diese Privatrechtsverhältnisse und die sub d behandelten Fälle einer Schuldprästation aus Verhältnissen öffentlichen Rechts die Frage nach der Haftung des behufs Sicherung (custodia) in possessionem Immittirten einschieben, indem einerseits der Gesichtspunkt der negotiorum gestio, andrerseits des officium sich für ihre Beantwortung verwendet findet, während allerdings von einer andern Ansicht aus dies durchaus verworfen wird und systematische Anschliessung an die a. doli erfolgen müsste.

Wie hat sich der, welcher wegen Nichtbefriedigung durch den Schuldner, wegen unterbliebener satisdatio legatorum nomine oder cautio damni infecti etc.

---

[1]) fr. 40 pro socio 17. 2. Cf. fr. 35 ib., während fr. 36, fr. 63 § 8 h. t. von der Haftung des Erben für culpa des Erblassers sprechen.

zur Sicherung seiner Ansprüche Einweisung in die custodia des Vermögens, der Erbschaft u. s. w. des Schuldners, und damit umfangreiche Befugnisse erlangt hat, zu den Interessen des Betroffenen zu stellen? Es wird etwa ganz generell der Satz ausgesprochen, ein solcher immissus prästire nur dolus (und l. c.[1]). Doch lässt sich jedenfalls nicht im Allgemeinen, und sogar für das einzelne Verhältniss nicht immer sicher eine Antwort geben. Ursprünglich musste hier wohl nur mit a. de dolo eingestanden werden; später machte sich daneben, verschieden construirt, die Tendenz möglichster Ausdehnung der Haftung bis zu levis culpa geltend, und wir finden nun beide Ansichten neben einander bestehen, ohne dass die eine gesiegt hätte oder etwa die Haftung, wie anderswo, zwischen zwei Extremen vermittelnd, auf c. in concr. festgesetzt worden wäre[2]). Freilich für den wegen Nichtleistung der cautio damni infecti Immittirten ist nur eine Meinung recipirt: aber auch hier bestand eine Controverse. Ulpian weist in fr. 15 § 30 ff. h. t. 39. 2 die Ansicht, der Immittirte müsse das baufällige Haus repariren und stützen, und hafte dabei wie ein Pfandgläubiger, zurück im Hinblick darauf, dass die Immission ja rein nur erfolge, um ihm Rechte, nicht Pflichten zu verschaffen; er könne jenes thun „si non amplius quam quod boni viri arbitratu factum sit . . sine dolo malo" — und Ersatz mit a. in factum verlangen[3]). — Jener Gesichtspunkt ist nun überhaupt der entscheidende; wurde bei der Immission nur an den Immittirten, gar nicht an den Andern gedacht, so blieb nur der dolus, für den immer, auch ausserhalb des Verpflichtungsverhältnisses gehaftet wird, übrig; die andere Meinung, welche dem Interesse des andern Theils neben dem des immissus auch glaubte Platz schenken zu müssen, gelangte in analoger Anwendung bereits bestehender Grundsätze zu einer Haftung für culpa levis.

Beide finden sich nun vertreten im tit. D. de rebus auct. iud. poss. 42. 5. Das Edict gab gegen den Immittirten eine a. in factum „si dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur"; also rein nur auf dolus gegründet, und offenbar an die a. de dolo, die ja selbst auch in fr. 9 § 6 h. t. gegeben wird, angeschlossen. Diese Beschränkung, neben der eine Ausdehnung auf l. c.

---

[1]) Mommsen, Beitr. III. 401. Cf. zu diesem Abschnitt Pernice, l. cit. II. 343.

[2]) Letzteres lag nahe, sobald man das Verhältniss mit einer societas resp. communio verglich: fr. 9 § 4 reb. auct. iud. 42. 5. Cf. fr. 15 § 30 damn. inf. 39. 2.

[3]) fr. 15 § 34 in f. h. t. 39. 2.

undenkbar ist[1]), hält Ulpian consequent aufrecht: mit a. in factum kann der Immittirte Rückgabe aller, auch völlig nutzloser Impensen verlangen, sobald er sie nur sine dolo malo gemacht hat[2]); sind die Erträgnisse von ihm schlecht verkauft, verpachtet, sind Grundstücke deteriorirt, dingliche Rechte verloren, Sklaven und Vieh nicht besorgt worden, Häuser eingestürzt oder verbrannt[3]), so haftet er nicht, sobald er nicht dolos dies verschuldet hat, mag er auch in culpa gewesen sein: darin ist er, wie Ulpian betont, besser gestellt, als ein Pfandgläubiger. Im Gegensatz zu dieser strengen Ansicht[4]), die, wie oben bemerkt, Ulpian auch bei der Immission wegen unterlassener cautio damni infecti vertritt, stellt Paulus den Satz auf[5]), dass mit a. in factum „de eo quod ex bonis debitoris ad eum (missum) pervenit, omne quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si possit agi, restituendum (est) a creditore". Er lässt ihn also z. B. für Unterlassen nothwendiger Reparaturen, Verlust, nicht wie Ulpian nur bei dolus, sondern auch bei levis culpa haften; eigenthümlich ist der Vergleich, der, wie so oft, auch hier zur Motivirung der Ausdehnung gebraucht wird; negotiorum gestio lag nicht vor, weil ja der Gläubiger auch in eigenem Interesse Auslagen machte.

So haben wir hier eine nicht zu beseitigende Controverse. Anders wieder bei der missio des Legatars wegen unterlassener Sicherung. Die Concursgläubiger waren (urspr. war dies bestritten) nicht zum Fruchtbezug berechtigt; anders der immittirte Legatar; er hatte Genuss bis zu völliger Tilgung seiner Schuld. Er hatte nun, wie dies von Ulpian nicht sehr scharf in fr. 5 § 21 sq. ut in poss. leg. 36. 4 ausgesprochen wird, das **officium**, Früchte zu ziehen, überzählige wie bei a. pignoraticia zurückzugeben, die Erbschaftsgegenstände zusammenzuhalten, für das Ganze zu sorgen, wie sein eigenes Interesse so auch das des Erben zu wahren. Den Gesichtspunkt der negotiorum gestio braucht Ulpian hier nicht, wie er ihn auch in fr. 15 § 30 damn. inf. 39. 2 zurückgewiesen; er

---

[1]) S. unten § 11 *a*. Hier verstehe ich Pernice, Labeo II. 345 n. 10 nicht, wenn er sich für eine Ausdehnung auf l. c. auf fr. 5 § 14 (recte 15) ut in poss. leg. 36. 4 beruft: es spricht ja von der Haftung des satisdationspflichtigen Erben, nicht des immittirten Legatars.

[2]) fr. 9 § 2 h. t. 42. 5.

[3]) fr. 8 § 3, fr. 9 § 5 h. t. 42. 5.

[4]) Das Ulpianische fr. 9 § 8 h. t. kann im Beispiel des Sklaven nach § 2 ib. nicht eine Haftung für culpa enthalten; es liegt vielmehr ein dolus praesumtus vor.

[5]) fr. 14 § 1 h. t. 42. 5.

spricht von einem officium, und sucht auf diesem die weitergehende Haftung, wohl für diligentia, zu construiren.

Wir sehen: einerseits reiner ausser contractlicher dolus, andrerseits eine Ausdehnung der Haftung bald vermittelst Statuirung eines officium des immissus, bald in constructiver Auffassung des Verhältnisses analog dem Pfandbesitz oder der negotiorum gestio — dort reine Straffolge, hier Folge der Annahme eines Quasicontracts — dort streng auf dolus beschränkt, nicht auf l. c. ausgedehnt, hier über dieselbe hinausgehend: eine l. c. fällt also für die Haftung des immissus durchweg ausser Betracht.

d. In Zusammenhang mit jenen privatrechtlichen Verhältnissen, Fällen einer Haftung aus Verletzung einer Einzelpflicht, sind hier gleich zu behandeln die Fälle einer Prästation von dolus aus Verhältnissen öffentlichen Rechts wegen Verletzung einer Amtspflicht. Es fallen in Betracht die Haftung des Richters und der Municipalbeamten wegen Verwaltung des municipium, des argentarius, bei jenen allerdings nur, um eine Haftung derselben nur für dolus und l. c. abzuweisen — während die Tutel und im Anschluss an dieselbe die Haftung der Obervormundschaftsbehörde [1]), und der Erben im folgenden § 7 zu behandeln sein wird. — Gewöhnlich wird der Satz aufgestellt [2]), Verletzung der Amtspflicht begründe Schadenersatzpflicht, wenn dolo oder l. c. begangen. Dabei wird von der Analogie des mensor ausgegangen; gewiss nicht zutreffend, da dieser, wie oben gezeigt, eine ganz eigene Stellung einnahm, und das Verhältniss zu ihm immer mehr Contractsgestalt gewann. Da sich diese Entwicklung anderwärts nicht vollzogen hat, können die betreffenden Bestimmungen nicht analog angewendet werden.

α. Die Haftung des Richters. Für die Haftung des Richters kommt die l. c. nicht in Betracht [3]). Er zog den materiellen Erfolg des Processes auf sich, wenn er sich gewisse Formfehler zu Schulden kommen liess, wohl so, dass er dem Kläger gegenüber in die Pflicht des Beklagten eintrat [4]): er hatte die vera aestimatio litis zu geben. Der Ausdruck des litem suam facere blieb dann

---

[1]) Welche von dieser Haftung streng zu trennen ist, fr. 2 § 5 ad munic. 50. 1.

[2]) Windscheid, Pand. § 470.

[3]) Cf. zur Frage Wetzell, Civilprocess § 36 Note 14. Windscheid l. cit. Note 1 und die dort cit.

[4]) Gaius IV. 52.

später in einer neuen Bedeutung: der fehlbare Richter konnte von der geschädigten Partei mit einer a. in factum auf Schadenersatz belangt werden, dessen Höhe durch den Urtheilenden ex aequo et bono festzusetzen war. Diese Haftung wurde als quasi-delictische bezeichnet; eine Scheidung von dolus und culpa fand aber gar nicht statt, in mehreren Stellen[1]) wird imprudentia als genügender Grund anerkannt, sonst sind häufig Beispiele von dolus aufgeführt[2]), die mit Unrecht einen Widerspruch haben annehmen lassen. Was diese imprudentia bedeute, ist sehr streitig. Auf blosse materielle Unrichtigkeit des Urtheils kann sie nicht gehen[3]), dies wäre unerträglich streng. Die Meisten beziehen sie auf l. c. und lassen demnach den Richter nur bei l. c. haften[4]). Dies ist unrichtig; sie abstrahirt offenbar von einem Grad der culpa[5]), bezeichnet rein den Gegensatz gegen dolus, dieser ist bei imprudentia nicht vorhanden — und geht offenbar ziemlich weit. Wahrscheinlich ist sie in diesem Zusammenhang gleich ignorantia und imperitia: in diesen Stellen ist sie angeführt, damit nicht Beschränkung auf dolus (scientia) angenommen werde; sie umfasst hier einmal ähnliche Versäumnisse des Richters, wie oben, dann wirkliche Fehler aller Art. Ob ein solcher in concreto vorliege, hat der Richter, an welchen die in factum a. gebracht wird, ex aequo zu prüfen[6]). Dabei konnte die Grenze weit gezogen werden und wurde es wahrscheinlich auch[7]). — Sehr streng gegen die Versäumniss des Richters, der unterlegenen Partei im Endurtheil die Kosten aufzubürden, ist Justinian[8]).

Die einschlägigen reichsgesetzlichen Bestimmungen fallen hier natürlich ausser Betracht.

In fr. 16 de iud. 5. 1 bekämpft Ulpian die Meinung Julians, als ob die

---

[1]) fr. 6 extraord. cogn. 50. 13 = fr. 5 § 4 de O. et A. 44. 7 (ursprüngliche Fassung!) = pr. I. de O. quae qu. ex del. 4. 5.

[2]) fr. 15 § 1 de iud. 5. 1 (Ulp.). fr. 40 § 1 ib. (Pap.).

[3]) Die Aufstellung dieses Grundsatzes durch Verres wird durch Cicero in Verr. II. 13 getadelt.

[4]) Löhr, Theorie der culpa 195. 196, „weil er nur über ein factum zu entscheiden hatte (?) und der Magistrat ihn ernannte (!).“ Neuner, Wesen der Privatrechtsverh. 204, und die meisten Handbücher des Pandektenrechts, z. B. Arndts, § 338. cf. S. 55 N. 2.

[5]) fr. 51 pr. de evict. 21, 2, wo der Geschädigte wegen error und imprudentia, nachher stultitia genannt, eine Klage gegen den Richter haben soll. Cf. fr. 2 quod. qu. iuris 2. 2.

[6]) pr. I. cit.

[7]) Pernice, Labeo II. 292.

[8]) c. 13 § 6 C. de iud. 3. 1.

Erben eines solchen iudex hafteten: dieser fasste eben das Verhältniss quasicontractlich auf, während Ulpian die Schadensersatzpflicht betont.

Dass kein Delict angenommen wird, zeigt auch fr. 15 pr. de iud. 5. 1 (Ulp.) wonach der Haussohn, welcher iudex ist, bis zum Betrag des peculium haftet, was bei Delicten nicht der Fall ist.

β. Municipalbeamte, Angestellte des municipium.

Ihre Verantwortlichkeit für öconomische Verhältnisse des municipium ist ausserordentlich streng. Sie haben, wie ausdrücklich gesagt wird[1]), „nicht nur für dolus und l. c. einzustehen, sondern sogar diligentia zu prästiren.“ Ein einheitliches Princip für die Haftung lässt sich aber nicht aufstellen. Oft wird von culpa völlig abstrahirt und wegen des rein äussern Erfolgs gehaftet[2]). Daneben findet sich eine strenge Verpflichtung der nominatores, häufig eine cautio praedibus; Fideiussoren, die „rem publicam salvam fore“ verbürgen; Rechnungsablage etc. Die Haftung basirt nicht auf Delict, sondern auf Verletzung einer Amtspflicht[3]), und so erklärt sich die Forderung der diligentia; wo noch für mehr als diese eingestanden wird, ist dies aus Utilitätsgründen so bestimmt. Auf l. c. beschränkt sich die Haftung nirgends.

γ. Hier ist auch zu erwähnen fr. 8 pr. de edendo 2. 13[4]) (Ulp.).

Die eigenthümliche Stellung des argentarius (Banquier) führte in vielen Beziehungen zu einer singulären Behandlung desselben im Recht. Es braucht nur an die Verpflichtung zum agere cum compensatione, an die Haftung mit a. recepticia aus jedem constitutum, an die solidarische Haftung der argentarii socii erinnert zu werden, um zu zeigen, dass auf sie die gewöhnlichen Bestimmungen des Civilrechts oft keine Anwendung fanden, sondern sie nach strengern handelsrechtlichen Grundsätzen beurtheilt wurden. Sie vermittelten den Geldverkehr zwischen Privaten durch Ab- und Zuschreiben in Büchern[5]), ähnlich den modernen

---

[1]) fr. 6 de adm. rer. 50. 8.

[2]) l. un. C. de his qui ex off. 11. 38.

[3]) fr. 21 § 1 ad municip. 50. 1. Pernice, Labeo II. 294.

[4]) Ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet; sed culpam non praestabit, nisi dolo proximam. Dolo malo autem non edit et qui malitiose edidit, et qui in totum non edit.

[5]) Mensae rationes, codex rationum, instrumentum argentariae. Cf. nomina transscripticia, per alterius tabulas pecuniam expensam ferre.

Banquiers, und waren zu ordnungsgemässer Führung derselben verpflichtet. Sie standen unter der Controle des praefectus urbi, und dies bewirkte, dass sie halb als öffentliche Angestellte betrachtet wurden [1]). Und gerade aus diesem Gesichtspunkt wird nun auch [2]) die singuläre Verpflichtung derselben erklärt, ihre Rechnungsbücher auf Verlangen aller derer, welche als Berechtigte oder Obligirte ein Vermögensinteresse mit dem Calumnieneid beschworen (nicht nothwendig war, dass sie selbst in Geschäftsverbindung mit dem argentarius waren!), im erforderlichen Umfang vorzulegen, um sie als Zeugniss gegen Dritte wie gegen sich selbst verwenden zu lassen: denn auch zum contra se edere waren sie gehalten. Zu ihrer Qualification führte neben den auch für die Beweiskraft der modernen Handelsbücher geltenden Grundsätzen noch die öffentliche Aufsicht. Kamen sie dieser Editionspflicht nicht nach, so hafteten sie mit einer prätorischen a. in factum, welche ursprünglich als Pönalklage erscheint [3]), auf Schadensersatz, der sich nach dem Moment des prätorischen Editionsbefehles bestimmt — also für dolus: dann aber auch, und dies offenbar gerade aus der Betonung dieses halbamtlichen Verhältnisses, officium, herrührend, das zu einer gewissen Diligenz verpflichtet, für c. dolo proxima. Und zwar ist hier gerade [4]) neben den für dolus gegebenen Beispielen nicht Raum für ein anderes vorsätzliches (l. c. als Vorsatz) non exhibere; das malitiose edere ist wohl absichtliches Vorlegen unvollständiger (gefälschter etc.) Bücher, als dolus gilt jedes Nichtvorlegen, wenn man dazu im Stande ist. Die l. c. ist hier also grobe Fahrlässigkeit: ein sich als solche darstellendes Nichtführen, Verlegen, Verlieren etc. der Bücher. Es wird also auch im Hinblick auf diese Editionspflicht (nicht nur auf das contractliche Verhältniss, in welches der argentarius zum Einzelnen mit ihm in Geschäftsverbindung stehenden tritt; hier bestimmt sich die Haftung nach dem zu Grunde liegenden Geschäft) gegenüber diesen ihm vielleicht fernstehenden Interessenten der argentarius zu gewisser Diligenz in der Buchführung verpflichtet, während die a. in factum zeigt, dass früher er wohl nur wegen doloser Nichtvorlage haftete. — Die Haftung für l. c. erscheint als Ausdehnung aus demselben Grund, welcher

---

[1]) „officium eorum atque ministerium publicam habet causam."

[2]) fr. 10 § 1 h. t. 2. 13.

[3]) Ueberrest in der Nichthaftung des Erben, Beschränkung auf ein Jahr, fr. 13 h. t. 2. 13.

[4]) Wie Pernice, Labeo II. 400. 401 mit Recht zeigt.

die ganze Editionspflicht construiren liess, dem des officium und Zweckmässigkeitsrücksichten; bis zu levis c. ging man nicht, weil in dieser Beziehung mehr nicht mit Berechtigung schien verlangt werden zu dürfen und schon die Haftung für l. c. eine Ausnahme war. Als solche, entsprungen der Sonderstellung dieser argentarii, ist sie aber eine Singularität aus hier allein zutreffenden Gründen und bietet desshalb keine Berechtigung zu einer analogen Ausdehnung und Abstrahirung. Es ist eine l. c.-Haftung aus einem hier construirten Gesichtspunkt der Verpflichtung, halb öffentlich-rechtlicher Natur und darum an die Verantwortlichkeit des Richters und Beamten gemahnend, aber nicht so weitgehend wie diese.

3. Dolus und lata culpa im Verpflichtungsverhältniss, welches gewöhnlich ausgedehntere Praestation fordert.

§ 7.

a. Neben den Fällen, in welchen im Verpflichtungsverhältniss durchweg dolus und l. c. prästirt wird, findet sich die l. c. auch erwähnt und dem dolus gegenüber gestellt in Contractsverhältnissen, welche eine höhere Haftung verlangen. Es fragt sich, was sie hier zu bedeuten habe.

So beim Mandat. In Betracht kommen

α. fr. 29 pr. h. t. 17. 1 [1]). Ulpian fragt, ob der Bürge, welcher in Unkenntniss der exc. doli des Schuldners zahlt, von diesem die Summe mit a. mandati contraria zurückfordern kann? und antwortet: wenn er die Einrede kannte und nicht gebrauchte, scheint er dolos zu handeln, denn (entweder handelte er vorsätzlich und das ist dolus oder) in einem solchen Benehmen liegt eine dem dolus nahestehende unerhörte Nachlässigkeit (dissoluta neglegentia). Kannte er die Einrede nicht, so trifft ihn kein Vorwurf, denn es ist Pflicht des Schuldners,

[1]) Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit quaeritur. Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari, dissoluta enim neglegentia prope dolum est; ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur. Pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi, vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet, ei mandati actionem competere; potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat debitum.

Einreden, welche ihm zustehen, dem Bürgen mitzutheilen, nicht des Bürgen, nach solchen Einreden zu forschen. — Auf den ersten Blick scheint hier eine Haftung des Mandatars nur für dolus (und l. c.) ausgesprochen zu sein, wie sie ja auch Modestin[1]) in strenger Durchführung des Nutzenschemas für das Mandat behauptet. Es ist aber in der That einfach bei der gegebenen Sachlage eine levis culpa nicht möglich. Der Bürge kennt die Einrede; gebraucht er sie nicht, so kann dem nur ein vertragswidriger Vorsatz, oder aber nur eine sehr grosse Nachlässigkeit und vollkommene Gleichgiltigkeit gegen das Interesse des Schuldners, seines Mandanten zu Grunde liegen: Unterlassen einer Massregel, die klar geboten war, aus Trägheit, Vergesslichkeit, völliger Sorglosigkeit und Zerstreutheit. Nicht hingegen deutet die dissoluta ignorantia darauf, dass er die Einrede hätte kennen müssen resp. sich auf unerhörte Unwissenheit berufe, um diese Kenntniss abzuleugnen. Der Zusammenhang zeigt, dass hier dem dolus wie der l. c. Kenntniss der Zuständigkeit der Einrede voraufgehen. Hesse knüpft daran den Beweis[2]), die l. c. beruhe stets auf scientia, und diese sei das tertium comparationis zwischen ihr und dolus; beiden sei Kenntniss der Gefahr eigen[3]), dolus wolle den Erfolg, l. c. lasse ihn kommen. Dies erschöpft aber die Fälle der l. c. nicht und kann somit als durchgreifende Regel nicht gelten. L. c. beruht oft auch auf Mangel aller Kenntniss wegen absoluter Sorglosigkeit, Gleichgiltigkeit.

β. Wie hier dissoluta neglegentia erwähnt wird, weil levis culpa in diesem Zusammenhange undenkbar ist[3]), (ohne dass damit eine besondere Prästation von l. c. der gewöhnlichen von levis c. gegenübergesetzt wäre) so verhält es sich auch mit der l. c. des fr. 8 § 10 h. t. 17. 1. Ueber dessen Bedeutung ist oben S. 10 ff. des Längern gesprochen worden. Ein levi c. non emere wäre möglich; zu seiner Nichterwähnung führt der Zusammenhang des Gedankens mit dem von §§ 8. 9; gleich im folgenden Satz: „si dolus non intervenit nec culpa“ kommt die culpa doch herein.

---

[1]) Coll. X. 2. 3. Ueber diese Frage cf. Huschke, Pandektenstellen in Ztschr. f. C. R. u. Pr. N. F. V. 113 ff. Pernice, Labeo II. 300. 301. Bei dem grossen Einfluss des Interesses des Vertrags für die Contrahenten lag Modestins Ansicht nahe. Dies zeigt auch fr. 44 h. t., in welchem Ulpian die Haftung nicht auf dolus beschränkt, aber im Thatbestand des non persequi, exigere, solvere, quod exigi etc. postest, dolus findet. Die Haftung für levis culpa ist schon ciceronianisch.

[2]) Hesse, l. cit. p. 214. 246.

[3]) Cf. fr. 8 § 8 h. t. 17. 1.

So ergibt sich in diesem Zusammenhang für l. c. keine besondere Bedeutung.

b. Ausnahmsweise wird in Verhältnissen, welche gewöhnlich für levis culpa oder c. in concreto einstehen lassen, nur dolus und l. c. prästirt. Der Privatwille der Parteien kann die Haftung nach freiem Ermessen ausdehnen oder einschränken; der gesetzlich aufgestellte Massstab ist also kein ius cogens und soll nur, als der durchschnittlich richtige, angewandt werden, wo nichts Besonderes vereinbart ist; nur ausnahmsweise stellt er sich als fest und unabänderlich dar — so aus Gründen öffentlichen Interesses — und dies ist dann nicht analog auszudehnen, sondern nur, wo ausdrücklich bestimmt, anzunehmen. Ferner kann die Haftung für dolus nie ausgeschlossen werden und eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig. — Dann kann aber auch die Haftung kraft Gesetz verringert sein; Grund dazu sind die oben erwähnten Modificationen der innern Gestaltung des Verhältnisses, welche hauptsächlich in der verschiedenen Vertheilung des Interesses liegen. Ist l. c. auch hier regelmässig nicht erwähnt, so sprechen doch für Prästation derselben durchaus die nämlichen Gründe, welche für depositum precarium, mensor aufgeführt sind.

α. So in einem Fall der negotiorum gestio[1]. Während streng genommen die negotiorum gestio ein se immiscere rei ad se non pertinenti ist, wurde im Interesse des Geschäftsherrn selbst die Haftung auf levis c. festgesetzt wie beim Mandat. Noch weiter ging man[2], wenn Jemand, um eine drohende Gefahr abzuwenden, in fremdem Interesse gehandelt hatte. Es erschien auch hier zweckmässig, durch geringere Haftung eher Jemanden zu veranlassen, sich der fremden Geschäfte anzunehmen. Labeo erwähnt blos den dolus, der hier prästirt werde; im Sinn Ulpians ist sicher l. c. mitinbegriffen.

β. Ferner der Fall des Commodats im eigenen Interesse[3]. Z. B. der Bräutigam leiht seiner Braut Schmuck, „quo honestius culta ad se duceretur" der Prätor, welcher Spiele gibt, leiht den Schauspielern Garderobe etc. Es zeigt sich hier das für die Bestimmung der Haftung in bonae fidei Obligationen neben dem Interesse des Verkehrs massgebende Princip des Vortheils für den einzelnen Fall, welches, wo jenes nicht überwiegen musste (Mandat), von Einfluss sein

---

[1]) fr. 3 § 9 neg. gestis 3. 5.

[2]) Cf. p. 50.

[3]) fr. 5 § 10 commod. 13. 6.

konnte: gewiss aber lässt sich für das römische Recht dieses Princip nicht so, wie es etwa neuere Codificationen anerkennen: als ein allgemein nothwendiges, wonach sich für jeden Einzelfall der Umfang der Schuldprästation erst nach dem speciellen Inhalt höher oder niedriger gestellt hätte, aufstellen.

γ. Vor Allem wird hier wichtig, dass durch die mora accipiendi die Verpflichtung des andern Theils, welche bisher stärker war, auf dolo und l. c. herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung verringert wird. Durch diese mora ist der Schuldner keineswegs liberirt, so dass er ohne Weiteres über die Sache verfügen kann; das Verhältniss zwischen Gläubiger und Schuldner ist nicht gelöst, nur soll es nicht in der Hand des Gläubigers liegen, den andern Theil länger, als die Obligation fordert, fest zu binden. Von den Folgen dieser noch bestehenden, wenn auch geringen Spannung, wozu z. B. Lauf von Conventionalzinsen gehört, kann sich der Schuldner namentlich bei Geldschulden, dann aber auch allgemein bei andern geschuldeten beweglichen Sachen frei machen durch Deposition des Schuldobjects, und so aus der Obligation ausscheiden. Was die Frage betrifft, inwiefern sich der Schuldner durch Preisgeben der geschuldeten Sache liberiren konnte, so liegt vielleicht in fr. 1 §§ 3. 4 de peric. et comm. 18. 6. fr. 12. 14 ib. ein Hinweis darauf, dass ursprünglich der Schuldner volles Recht hatte, die geschuldete Sache preiszugeben, dies später von einer vorgängigen Verwarnung an den Gläubiger abhing, hier aber schon nicht anständig und eher Aufbewahrung auf Kosten des Gläubigers oder Verkäufers geboten schien[1]), und endlich später da, wo die Umstände eine andere Massregel erlaubten, geradezu haftbar machen konnte. Wie die Vereinigung dieser Stellen mit der Ansicht des ältern Juristen Pomponius[2]) zu erfolgen habe, ob diese die Regel sei, und Ausnahmen nur für den Weinverkauf gelten[3]), oder ob für verschiedene Obligationen Verschiedenes gegolten habe, ist bekanntlich sehr streitig und hier nicht zu erörtern[4]). — Zu einer fleissigen Wahrnehmung des Interesses des Gläubigers erscheint der Schuldner nicht verpflichtet[5]); auch die positive Thätig-

---

1) fr. 1 § 3 cit.: „laudandus est potius".

2) fr. 8 de trit. 33. 6.

3) Dagegen fr. 12 fr. 14 pr. de per. 18. 6.

4) Cf. Mommsen, Beiträge III. 309 ff.

5) in fr. 9 sol. matr. 24. 3.

keit des Laufenlassens des zugemessenen Weines auf die Strasse erscheint als befreiende Handlung, nicht dolus: ein dolus lag vor bei Verwerthung der geschuldeten Sache im eigenen Interesse[1]); später wird aber offenbar in dem Preisgeben der Sache ein dolus gefunden; dolos verschuldete Unmöglichkeit der Leistung verpflichtet. Dasselbe ist wohl auch für l. c. anzunehmen, denn das Obligationsverhältniss ist keineswegs völlig gelöst. Wurde also die Leistung in Folge grenzenloser Nachlässigkeit des Schuldners gegenüber der geschuldeten Sache unmöglich, so geschah dies auch nach mora accipiendi nicht auf Gefahr des Gläubigers. — Für diese Ausdehnung, welche zwar ausdrücklich nicht genannt ist, sprechen die oben allgemein erwähnten Gründe. Ursprünglich ist sie nicht, sondern setzt die Zeit voraus, welche in jeder dolos verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung einen Haftungsgrund sieht.

Weiter war der Schuldner zur Wahrnehmung des gläubiger'schen Interesses nicht verpflichtet: jedenfalls hatte ihm dieser, wenn er die mora purgiren wollte, allen Schaden zu ersetzen, auch den dadurch erwachsenen, dass der Schuldner über seine Verpflichtung hinaus im Interesse des Gläubigers thätig gewesen war[2]), durch Miethe von Weinfässern, Lagerräumen u. s. w. Diese Forderung konnte durch exceptio doli oder a. neg. gestorum geltend gemacht werden.

c. Besonders häufig findet sich die Haftung für l. c. neben der für dolus in vormundschaftlichen Verhältnissen. Sie sind hier im Zusammenhang zu behandeln.

α. Haftung des tutor mit actio tutelae. Gegen den untreuen tutor ging ursprünglich nach Allem nur eine Delictsklage, und noch die ausgebildete Jurisprudenz kennt neben der a. tutelae die a. de rationibus distrahendis, ähnlich der a. furti nec manifesti, wegen Unterschlagung des Mündelvermögens auf das Doppelte. Noch im julischen Städtegesetz ist die Vormundschaftsklage nicht unter den actiones famosae erwähnt; sie erschien eben noch als dolose Delictsklage und bedurfte so der Erwähnung nicht, während die Contractsklage noch nicht völlig entwickelt war[3]). — Die Tutel war wie die patria potestas ursprünglich unbeschränkte Gewalt, nur nicht in so weiter Be-

---

[1]) fr. 5 de per. 18. 6: „nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset."

[2]) fr. 3 h. t. 18. 6.

[3]) Pernice, Labeo I. 441.

ziehung wie diese, und erst später trat vornehmlich beim tutor dativus das Moment der Verpflichtung gegen den Mündel mehr hervor. Die a. tutelae als bonae fidei a. auf Grund der Verpflichtung auf einfachen Schadenersatz gehend, ist prätorischen Ursprungs; die Normirung der Haftung für diligentia quam suis ist nicht die ursprüngliche, denn diese setzt einen ausgebildeten Culpabegriff voraus und ist erst in Hadrian'scher Zeit als fester Prästationsmassstab vorhanden. Es läge nahe, sie als Compromiss zwischen einem Zustand, der nur dolus und l. c. prästiren liess, und der Forderung einer Haftung für levis culpa zu betrachten und im folgenden Fragment vielleicht einen aus rationellen Gründen beibehaltenen Ueberrest jener geringen Haftung zu finden. So sind im Folgenden die Stellen, welche von Prästation von dolus und l. c. im Zusammenhang mit der a. tutelae sprechen, zu betrachten.

Die Bestimmung des fr. 7 § 2 de adm. tut. 26. 7 (Ulp.) ist, während sonst der tutor für diligentia quam suis haftet, eine reine Singularität, deren Erklärung uns die Quellen nicht geben, und welche viele Schwierigkeiten verursacht hat. Sie gibt sich als solche selbst zu erkennen durch ihren Ausdruck: „Kauft ein tutor für den Mündel unvortheilhaftes Land, so hat er in diesem Theil seiner Verwaltung (in hac parte), wie richtig ist, nur lata neglegentia zu prästiren.“ Dies ist nicht auf alle Contracte des Vormunds schlechthin anzuwenden[1]), sondern auf diesen Einzelfall des Landkaufs zu beschränken[2]); auch so behält diese Bestimmung noch Bedeutung genug, denn nach römischem Recht war das Pupillenvermögen in erster Linie in angekauften Grundstücken anzulegen, die Tutoren waren dazu besonders verpflichtet und hatten für Versäumniss hohe Zinsen zu entrichten: Hasse meint, man hätte ihnen desshalb nicht verargen können, wenn sie nicht lange zauderten und überlegten, sondern schnell zugriffen, wo Etwas zu haben war; so sei die Haftung auf l. c. herabgesetzt worden. Es mag dahingestellt sein, ob dies oder ob nicht eher das obenerwähnte historische Moment in der Entwicklung der actio tutelae der Grund dieser Haftung war, und die von Hasse allegirten Gründe nur für die Beibehaltung

---

[1]) So z. B. Keller, Pand. § 441.

[2]) Schömann, Handb. d. Civilr. I. 322. Mommsen, Beiträge III. p. 497 n. 12. Hasse, § 73 und bei demselben in Note a die ältere Litteratur. Schömann meint, der Grund sei, dass hier nur eine Hoffnung auf Gewinn vereitelt sei. (!)

derselben in diesem Einzelfall entschieden, dazu vielleicht auch die Schwierigkeit, welche für den Laien bei einer solchen Anlage eher als bei andern vorlag, und der Umstand, dass gerade hier Nachweis einer diligentia quam suis nicht leicht erbringbar war, mitwirkten: jedenfalls ist hier bei der gebotenen Anlage des Geldes in Grundstücken die Haftung auf l. c. ebenso singulär, wie in Nov. 72 c. 6. 8. die Haftung für casus bei dem verbotenen unnöthigen Ausleihen von Mündelgeld.

Anders verhält es sich mit c. 2 arbitr. tut. 5. 51 (Antonin)[1], wie Hasse[2]) überzeugend gezeigt hat. Sie sagt nicht, in vom Vater des Mündels herrührenden Anlagen, die unter seiner Tutel unsicher werden, prästire der tutor ein für allemal nur dolus und l. c., nicht c. in concreto, sondern Praesentinus fragt Antonin, wie es im vorliegenden concreten Fall zu halten sei, wo diese Verschlechterung aus l. c. zu behaupten sei? und der Kaiser rescribirt, in solchen Fällen sei es mit dem Nachweis des dolus und der neglegentia genau zu nehmen (palam, manifesta), d. h. der Richter solle nicht dolus, neglegentia präsumiren, wie ersteres z. B. in fr. 7 pr. de adm. 26. 7, letzteres bei selbstcontrahirten Forderungen — fr. 16. 50 de adm. tut. 26. 7 — der Fall ist. Die Präsumtion in beiden Fällen gleicherweise gegen ihn streiten zu lassen wäre unbillig; dessen, was man selbst gethan, und seiner Folgen muss sich Jeder bewusst sein, nicht aber ebenso nothwendig dessen, was Andere gethan. Dass aber nicht die Haftung auf l. c. soll beschränkt werden, zeigen andere Aussprüche zur Genüge[3]).

c. 2 si tutor 5. 55 (Alexander)[4]) Ferner rangirt zu den eben besprochenen Stellen. Wurden von mehreren testamentarisch bestellten Tutoren solche, die sich nie immiscirt hatten, aus der Verwaltung belangt, so konnten sie den Kläger vorerst an die solventen Gerirenden verweisen und hafteten nur subsidiär,

---

[1]) Nomina paternorum debitorum si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et per latam culpam tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt, iudex, qui super ea re datus fuerit, dispiciet: et si palam dolo tutoris vel manifesta neglegentia cessatum est, tutelae iudicio damnum, quod ex cessatione accedisset, pupillo praestandum esse statuere curabit.

[2]) Hasse, l. cit. § 73.

[3]) fr. 15, fr. 39 pr. § 14 de adm. tut. 26. 7.

[4]) Qui se non immiscuerunt tutelae vel curae, ex persona eorum, qui gesserunt et idonei sunt, non onerantur. Si qua vero sunt, quae, cum geri debuerint, omissa sunt, latae culpae ratio omnes aequaliter tenet.

wie dies häufig ausgesprochen ist. So bei Schaden, welcher mit Besorgung der Geschäfte zusammenhing. Anders aber, wo in einem bestimmten Gebiete gar nicht gehandelt, dieses ganz bei Seite gelassen wurde. Hier hatte diese Excussion der nicht gerirenden Tutoren nicht die Berechtigung, wie in jenem Fall; dort beruhte sie darauf, dass für die Folgen der Thätigkeit der, welcher einmal thätig zu sein begonnen hatte, directer verantwortlich schien als der, welcher völlig unthätig war; hier aber, wo in einem ganzen selbstständigen Gebiete Niemand thätig gewesen und daraus Schaden entstanden war, hatten sich Alle dasselbe zu Schulden kommen lassen und hafteten gleich. Dieser Satz wird auch anderwärts ausgesprochen[1]). — Eine solche völlige Unthätigkeit, meint unsere const., beruht auf l. c., nicht aber: für dieselbe wird nur ex l. c. gehaftet — und eine solche wird auch durchgängig darin liegen; entweder kümmert sich Niemand darum, genauer nachzusehen, was eigentlich zu thun ist, oder man hält eine Thätigkeit in der betreffenden Richtung nicht für nöthig, wo ein Eingreifen höchst geboten wäre. So erklärt sich auch, wie Hasse l. cit. zeigt, c. 4 C. de hered. tut. 5. 54 (Alexander), welche für derartige Fälle die Erben haften lässt, ohne die gewohnte Beschränkung auf l. c. ausdrücklich beizufügen; solche Unterlassungen beruhen eben meist auf l. c.

β. Haftung der Erben des tutor mit actio tutelae. Der Erbe haftet aus dem Contract des Erblassers in solidum gleich wie dieser; er hat für alle Contractswidrigkeiten desselben einzustehen. Der Erbe des Vormunds hingegen soll, wie ausdrücklich betont ist, für weniger als sein Erblasser, und zwar nur für l. c., welche sich dieser zu Schulden kommen liess, verpflichtet sein. Einen Grund dieser Beschränkung geben die Quellen nicht an. — Die a. de rationibus distrahendis geht nicht gegen die Erben, sie ist eben reine Strafklage[2]), und vielleicht ist auch der Uebergang der a. tutelae nicht ursprünglich. Man könnte in dieser Beschränkung auf l. c. ein Stillstehen auf einer Stufe der historischen Entwicklung finden, indem die ursprüngliche Haftung selbst nur auf dolus (l. c.) ging, und dies hier so blieb, während dort die Haftung des tutor selbst bis zur c. in concreto, einem Compromiss zwischen l. c. und levis culpa sich erweiterte. Dass jene Beibehaltung[3]) aus historischen Gründen,

[1]) fr. 39 § 11, fr. 55 § 3 de adm. tut. 26. 7.

[2]) fr. 1 § 23 de tut. 27. 3.

[3]) c. 1 de hered. tut. 5. 54. fr. 4 de mag. conv. 27. 8. c. 2 de in litem iur. 5. 53.

wozu sich Utilitätsrücksichten gesellen mochten, erfolgte, und sich nicht, wie Hasse und Rudorff[1]) meinen, als Beschränkung der principiellen und alten Haftung für c. in concr. aus Nützlichkeitsrücksichten darstellt, ist sehr wahrscheinlich. Jedenfalls ist hier vom Gesichtspunkt der Verpflichtung aus die Haftung des Erben eingetreten, während im precarium und beim mensor der Mangel der Erbenhaftung zeigt, dass in ihnen dieses Wesen sich nicht durchgreifend entwickelt hat. Die Verpflichtung wird als eine quasicontractliche bezeichnet; sie ist ja auch dem Mündel gegenüber eine wesentlich privatrechtliche aus einem Verpflichtungsverhältniss geworden. — Für eine derartige Construction kann wohl auf die alte a. de rat. distrah. und die Haftung der Erben der Municipalmagistrate als Obervormundschaftsbehörde hingewiesen werden, sowie auf den ursprünglichen Delictscharakter der Mandatsklage, der sich noch aut. ad Herenn. II. 13. 19 gerade in der Erbenhaftung deutlich zeigt: hier ist dann später die Haftung des Erben dieselbe wie seines Erblassers, des Mandatars.

γ. Die Verpflichtung der Municipalmagistrate gegenüber dem Mündel in ihrer Stellung als Obervormundschaft ist nicht, wie ihre Haftung gegenüber dem Municipium (oben § 6 d. β.), eine öffentliche, sondern eine privatrechtliche[2]). Nach vorjustinianischem Recht sind sie in den italischen Städten für die Ernennung des tutor neben dem Prätor und den iuridici competent; diese

---

[1]) Hasse, l. cit. § 75: dem tutor selbst war es allerdings leicht möglich, zu zeigen, dass die ihm vorgeworfene neglegentia eine rebus suis consueta war, nicht aber ebenso dem Erben. Beibehaltung desselben Massstabes für ihn hätte zur Folge, dass er oft für levis c. einstehen müsste, da er c. in concr. nachzuweisen nicht im Stande sei. (Aber warum haftet dann nicht auch der Erbe des socius nur für l. c.?) Rudorff, Vormundschaft III. 42 nimmt an, dem Kläger habe der Beweis der l. c. obgelegen; nach den Beweisregeln bei contractlicher Haftung ist aber vielmehr anzunehmen, der Kläger habe nachzuweisen, es sei nicht erfüllt, wo dann Beklagter Abwesenheit der ihn verpflichtenden Schuld darzuthun hat. Diess muss auch für die Haftung des Erben gelten; er hat nachzuweisen, dass in dem vom Kläger allegirten Thatbestand keine l. c. liege; dieser Nachweis wird immerhin noch leichter sein als der einer c. in concr. Zur Beibehaltung dieser Beschränkung wirkten nach fr. 4 de mag. conv. 27. 8 wohl dieselben Gründe wie für die Erben der obervormundschaftlichen Municipalmagistrate; auch die Verpflichtung aus der Tutel hatte ihren Grund nicht in freiwillig übernommenem, sondern gesetzlich gefordertem munus, und es mochte richtig erscheinen, die Erben in diesem Fall gleich zu belasten wie in jenem.

[2]) fr. 2 § 5 ad municip. 50. 1.

können mit oder ohne Bericht jener die Ernennung vollziehen oder sie ihnen übertragen. Die Centralbehörde haftet nicht; wohl aber die Municipalmagistrate, und zwar so: Ursprünglich ging gegen sie wegen doloser Ernennung, z. B. wenn sie bestochen waren, offenbar eine Pönalklage[1]); für den Fall nun, dass sie nicht direct ernannten, sondern dem Prätor auf seine Anfrage hin für einen Pupillen ihres municipium einen tutor angaben, hafteten sie seit einem S. C. unter Trajan nach den Tutoren und ihren Bürgen subsidiär mit utilis actio[2]), die aber ursprünglich wohl nur bei dolus Platz griff. Dies wurde von Diocletian bestätigt. — Ein Anderes war es wiederum, wenn Marc Aurel rescribirte, „falls der praeses provinciae sich über die Tauglichkeit bestimmter ihm von anderer Seite angegebener Personen als Vormünder bei den Municipalmagistraten erkundigt habe, sollten diese nicht ebenso haften, wie wenn sie selbst die Bestellung vorgenommen hätten, sondern nur, wenn sie dolos den praeses getäuscht hätten"; z. B. von den in Frage Stehenden bestochen, oder aus Connivenz gegen dieselben, obschon sie dieselben untauglich wussten. Also hier noch strenge Beschränkung auf dolus! Die Haftung wurde erweitert, wenn der praeses Bürgschaft von ihnen verlangte[3]). Ulpian[4]) vergleicht diesen Fall mit dem, über welchen das oben erwähnte S. C. ergangen war, und ist der Ansicht, in beiden Fällen hätten die Municipalmagistrate dolus und l. c. zu prästiren. Diese Ausdehnung hat sich offenbar durch die Praxis vollzogen, je mehr die Verpflichtung des Magistrats betont wurde. Weiter ging die Haftung, wo die Municipalmagistrate selbst Tutoren bestellt hatten[5]). Dabei[6]) genügt der Nachweis des objectiven Thatbestandes, z. B. Insolvenz des tutor; der Magistrat hat nachzuweisen, dass er zur Zeit der Bestellung solvent war, ihn also keine culpa treffe. Ein sicherer Beweis, wie die ursprüngliche Delictsklage zur Klage aus der Verpflichtung geworden ist, bietet sich in fr. 1 § 17 h. t. 27. 8.

Dies zeigt, wie Beschränkung der Haftung auf dolus und l. c. da geboten erschien, wo der Municipalmagistrat nicht die ganze Sache in die Hand zu

---

[1]) fr. 9 de mag. conv. 27. 8.
[2]) c. 5 C. de mag. conv. 5. 75.
[3]) fr. 1 § 2 de mag. conv. 27. 8.
[4]) fr. 1 § 3 ib.
[5]) fr. 1 §§ 8. 11, fr. 7 h. t. 27. 8.
[6]) fr. 1 § 13 h. t. 27. 8.

nehmen hatte, während, wenn die Pflicht der Vormundschaftsbestellung ihm oblag, er für omnis culpa haftete.

Die Magistrate liessen sich, um sich für diese Haftung sicher zu stellen, offenbar häufig von tutor und curator — abgesehen davon, dass diese dem Mündel Satisdation zu geben hatten — Bürgen stellen; Antoninus gibt dem Mündel in diesem Fall einen subsidiären Anspruch auf Cession der Klage gegen dieselben und sogar eine utilis actio[1]). Gegen das Collegium der Municipalmagistrate ging die Klage bei culpa pro virili parte, bei dolus, wozu die l. c. hier nicht darf gerechnet werden, gegen Jeden in solidum[2]). Gordian gibt subsidiär nach dem Magistrat dem Geschädigten einen Anspruch gegen den dritten Nominator[3]) und Zeno[4]) wegen neglegentia des scriba, der eine Bürgschaftsurkunde für eine zu niedrige Summe aufsetzte. Es zeigt sich die Tendenz, die Haftung stets mehr zu erweitern.

δ. Die Haftung der Erben der Municipalmagistrate findet sich im Trajanischen S. C. noch nicht, erst Pius liess sie causa cognita zu, und zwar musste ihre Construction dadurch vermittelt werden, dass man, falls der Magistrat die gebotene Vorsicht ausser Acht gelassen, keine Caution gefordert hatte, ihn selber als Bürgen behandelte. Dies zeigt deutlich, dass die Idee der Verpflichtung noch nicht so herrschend war wie später. Von hier aus bildete sich erst die Haftung des Erben für dolus und l. c. des Magistrats; dabei blieb man stehen, während die Haftung des Magistrats selbst für gewisse Fälle weiter ausgedehnt wurde[5]). Der Entwicklungsgang vom Delict zum Verpflichtungsverhältniss ist hier beim Magistrat und seinen Erben viel deutlicher verfolgbar, als beim tutor

---

[1]) c. 1 C. de mag. conv. 5. 75.

[2]) c. 3 h. t. 5. 75, fr. 7 h. t. 27. 8.

[3]) c. 4 h. t 5. 75.

[4]) c. 6 h. t. 5. 75.

[5]) Alexander Severus c. 2 h. t. 5. 75. L. c. ist hier nicht, wie Löhr, Beiträge p. 43 meint, wissentliches Unterlassen der Bestellung von Bürgen, sondern die Sache liegt so: die Bürgschaft, welche der Magistrat vom tutor dem Pupillen hat geben lassen, stellt sich nachher als untauglich heraus. Der Pupill kann, falls ihm daraus Schaden erwächst, gegen den Erben des Magistrats auf Grund dieses objectiven Thatbestandes klagen, und dieser hat nachzuweisen, dass seinem Erblasser bei der Bestellung keine l. c. zur Last fiel. An dieser Vertheilung der Beweislast ist auch hier gegen Rudorff cit. III. 41 ff. festzuhalten. — fr. 4 h. t. 27. 8. cf. fr. 96 § 1 de solut. 46. 3.

und seinen Erben; noch Severus und Antonin[1] erinnern daran, dass die Klage nicht als Strafklage, sondern wie die gegen den tutor anzusehen sei. Die Entwicklung hat sich in unserm Verhältniss später vollzogen, und die Gründe, warum die Haftung des Erben auf dolus und l. c. beschränkt blieb, sind neben den für die Erben des tutor erwähnten dieselben, wie die, welche in bestimmten Fällen den Magistrat selbst nur für dolus und l. c. einstehen liessen.

4. Anhang. Einfluss der Haftung für dolus und lata culpa auf die Haftung ex lege Aquilia?

§ 9.

Bei aquilischer Beschädigung im bestehenden Verpflichtungsverhältniss, welches für mehr als dolus und l. c. haften lässt, concurrirt die a. legis Aquiliae electiv mit der Contractsklage[2]).

In Verhältnissen, welche nur für dolus und l. c. haften lassen, wird mit der a. l. Aquiliae unzweifelhaft für alle aquilische Beschädigung gehaftet[3]). Das Contractsverhältniss ist auf diese Prästation ohne Einfluss, denn seine besondere Prästationsregel bezieht sich nur auf die bei ihm speciell in Frage kommenden Obliegenheiten, nicht auf die allgemeinen. Die Concurrenz von Contractsklage und a. l. Aquiliae kann hier nur insofern eintreten, als die aquilische Beschädigung sich im concreten Fall als dolo oder l. c. begangene Verletzung der Vertragspflicht darstellt[4]).

Das vertragliche Verhältniss kann aber auf die Frage, ob eine Widerrecht-

---

[1]) fr. 9 h. t. 27. 8.

[2]) fr. 7 § 8, fr. 18 h. t. 9. 2. fr. 16 § 5 fam. herc. 10. 2. fr. 18 § 1 comm. 13. 6. fr. 47 § 1 — fr. 50 pro socio 17. 2. fr. 30 § 2, fr. 43 loc. 19. 2.

[3]) Cf. p. 71 n. 1 arg. fr. 13 pr. de lib. causa 40. 12. fr. 1 § 2 si is qui test. 47. 4.

[4]) fr. 13 pr. de lib. causa 40. 12. fr. 1 § 2 si is qui test. 47. 4. (fr. 42 ad l. Aq. 9. 2 redet von doloser Zerstörung). — Es ist ein alter Streit, ob das bestehende Obligationsverhältniss auf die Haftung ex l. Aquilia von Einfluss sei? Die a. legis Aquiliae bei für dolus (und l. c.) verbindenden Contracten schlossen aus Unterholzner, Schuldverhältn. II. § 98. Cf. Glück X. 310 ff., z. Th. Sintenis II. § 101, liessen zu Schömann, Handbuch I. 208 ff. Löhr, Beiträge 219 ff. und Magazin III. 173 ff., IV. 486. Hasse § 36 ff. und die Neuern z. B. Vangerow § 681 Anm. 3 II.

lichkeit vorliege, von Einfluss sein. Denn im aussercontractlichen Verhältniss muss als iniuria das Eingreifen in fremdes Vermögen schon an sich erscheinen — culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti[1] — und so der entstandene Schaden viel eher imputirt werden können, als in den Contractsverhältnissen, welche zum Umgehen mit fremden Sachen berechtigen[2]. Das Wesen der einzelnen Vertragsverhältnisse wird für diese Frage, und somit auch für die Concurrenz der Klagen bei für dolus und l. c. verbindenden Verhältnissen von Einfluss sein. So gestattet z. B. das Depositum den Gebrauch der Sache nicht; ein aus diesem erfolgter Schade kann mit Contractsklage und aquilischer Klage verfolgt werden.

Ist die Contractsklage aus einem Verhältniss, in welchem nur für dolus und l. c. gehaftet wird, abgewiesen, weil in diesem Fall ein dolus oder eine l. c. nicht vorliege, so kann die a. l. Aquiliae noch angestellt werden[3]. Nach Grundsätzen über die Concurrenz der Klagen fällt die zweite Klage erst dadurch weg, dass auf Grund der ersten Befriedigung erfolgte[4]; das Plus, welches die a. l. Aquiliae gewährt, kann auch, wer mit der Contractsklage gesiegt hat, noch fordern.

5. Resultat: Natur der ausgeführten Verhältnisse, in welchen l. c. auftritt. Bedeutung der l. c. in denselben. Grund ihrer Praestation. „Sinn der Gleichstellung."

§ 9.

Die in den §§ 5—8 besprochenen Verhältnisse, bei denen sich die l. c. er-

---

[1]) fr. 26 de R. I. 50, 17.

[2]) Dies ist die richtige Lösung einer ältern Streitfrage: Hagenmeister in Löhrs Magazin III. 145 ff., Löhr am Ende dieses Aufsatzes und Magazin IV. 487. Holzschuher, Theorie und Cas. III. 1025 u. A. — fr. 5 § 3 ad l. Aq. 9, 2: dubitat an: = er glaubt fast; doch wohl. Ueberschreitet der Meister nicht das Züchtigungsrecht, das er ex conducto hat, so ist auch von aquilischer culpa keine Rede; anders, wo ein solches Recht gar nicht vorhanden ist, resp. das bestehende überschritten wird. Cf. fr. 27 § 29 ad l. Aquil. 9. 2. arg. fr. 54 §§ 1. 2 aquir. rer. dom. 41. 1 (a. in factum gegen den bona fide serviens). — Als Beispiel des obigen Satzes nehme man die morsche Leiter, die ich zu precarium erhalte und zerbreche, und die morsche Leiter, die ich wegnehme und die zerbricht.

[3]) arg. fr. 13 pr. de lib. causa 40. 12. fr. 1 § 2 si is qui test. 47. 4.

[4]) fr. 7 § 1 commod. 13. 6. fr. 34 § 2 in f. de O. et A. 44. 7.

wähnt findet, zeigen alle ein Moment der Verpflichtung gegenüber bestimmten einzelnen Personen, welches eine Anspannung nicht nur in Bezug auf gewisse stets geforderte (aquilische c.), sondern auch auf anderweitige Unterlassungen, wie auf Handlungen, im Hinblick auf das fremde Interesse verlangt. Dieses Moment der Verpflichtung ist nicht überall soweit gediehen, dass ein Contractsverhältniss mit allen Consequenzen ausgebildet worden wäre; oft hat sich die Entwicklung stellenweise vollzogen, und zwar beruht die Verpflichtung auf verschiedenen Gründen und ist als solche stets betont; sie ist entweder Folge von Privatwillen — §§ 5. 6 zweiseitig oder einseitig im Zusammenhang mit Vertrag oder Erbrecht — oder von Gesetz; dieses anerkennt nach Zweckmässigkeit im Interesse gewisser Berechtigter eine Verpflichtung Anderer ihnen gegenüber. Dabei zeigt sich, dass diejenigen Verhältnisse, welche principiell nur dolus und l. c. prästiren lassen, zur Anerkennung und Durchführung einer Verpflichtung von der ursprünglichen Basis eines Schutzes durch Delictsklage aus gelangt sind. Bei den andern Verhältnissen findet sich die Höhe der Haftung verschieden normirt, je nachdem die Einzelgestaltung eine mehr oder minder starke Verpflichtung als richtig erscheinen lässt, wobei die Zweckrichtung des Verhältnisses und der Grund der Verpflichtung in Betracht kommt resp. kommen kann.

Die l. c. tritt überall relativ spät auf. Als ausgebildeten Begriff finden wir sie der Wahrscheinlichkeit nach erst in Hadrianscher Zeit. Die c. latior der Augusteischen Zeit, welche auch Celsus filius noch verwendet, entspricht ihr nicht völlig; der Culpabegriff jedoch war zu dieser Zeit unzweifelhaft schon ein fester.

Wo die l. c. in den obengenannten Verhältnissen auftritt, ist der Charakter des Delictsanspruchs gegenüber der Anschauung als Verpflichtung und den daherigen Consequenzen entweder völlig oder zum Theil verwischt.

In diesem Zusammenhang ergibt sich für ihre Bedeutung die, wie schon gesagt, vorerst den Stellen, welche den technischen Ausdruck, nicht „dolo proximum“ enthalten, zu entnehmen ist, Folgendes: Neben der l. c. und zur Erklärung derselben findet sich die (magna) neglegentia gebraucht; es liegt ihr also neglegentia zu Grunde[1]; und im Anschluss an die Frage, ob für neglegentia gehaftet werde, wird ihre Beziehung zum dolus entwickelt: neglegentiae vero

[1]) Cf. fr. 50 § 8 de adm. 50. 8.

nomine non tenetur .... magnam tamen neglegentiam placuit in dolo crimine cadere [1]). Wichtig werden hier auch die bekannten Definitionen, welche, wenn sie auch nicht erschöpfend sind, doch einen für die Charakteristik relevanten Punkt enthalten müssen. fr. 226 de V. S. 50. 16 baut seine magna culpa auch auf neglegentia auf, ebenso fr. 213 § 2 ib., und auch das non intellegere von fr. 223 pr. ib. ist nicht nur Regel für die Beweisführung gegen eine vorgebliche Unwissenheit, um dem Vorwurf des dolus zu entgehen, sondern Definition einer möglichen materiellen Grundlage der l. c., und schliesst als solche einen Vorsatz aus [2]). — Wo sie zur d. in Gegensatz gestellt wird, geschieht dies nicht, um eine völlige Verschiedenheit und einen Gegensatz der Begriffe, sondern um Verschiedenheit und Gegensatz der Haftung hervorzuheben. Neben dem oben Angeführten lassen sich dafür noch citiren fr. 31 § 12 Aed. Ed. 21. 1. fr. 47 § 5 Leg. I. Dass dolus prästirt wird, ist klar; gefragt wird, in wie weit Culpahaftung eintreten soll. Und da sagt jenes: der Käufer hat alle, nicht nur l. c., zu prästiren, letzteres: wenn die legirte Sache durch Schuld des Erben untergegangen ist, haftet er für culpa, und unter dieser culpa verstehen wir nicht blos l. c., sondern auch levis culpa und diligentia.

Als Beispiele von dolus haben wir Fälle gefunden, welche das Motiv völlig unberücksichtigt lassen, und neben denen ein anderer Vorsatzbegriff nicht mehr wohl möglich ist. Und es kann nicht wohl derselbe Jurist einerseits dolus malus durch sordes und gratia erklären, und andrerseits die l. c. als vorsätzliche Willensrichtung, hervorgegangen aus dem edlen Motiv der gratia, in strengem Gegensatz zu einem auf unedlem Motiv z. B. sordes beruhenden dolus gebrauchen.

---

[1]) fr. 1 § 5 de O. et A. 44. 7. cf. fr. 27 § 1 de susp. 27. 10. fr. 7 § 2 de adm. et per. tut. 26. 7.

[2]) Cf. oben § 3. Ich halte diese 3 Stellen für hochwichtig, sollte dies auch Bindings (Normen II. 343) Vorwurf der bedauerlichen Vorliebe für Quellenstellen „doktrinären Anstrichs" auf sich ziehen. Es scheint doch bedenklich, die letzte von Paulus herrührende Stelle als eine „höchst nachlässige, die man zu Ehren ihres eminenten Autors am besten mit Stillschweigen übergeht", und als geradezu sinnlos, wenn materielle Definition der l. c. sein sollend, zu bezeichnen (ib. 379 in in. und Note 78) „denn was Alle einsehen, könne doch nicht Einer nicht einsehen." So gewaltsam darf doch das omnes nicht urgirt werden! es ist ein Ausdruck wie „allgemein bekannt", „Jedermann weiss" und wie im täglichen Sprachgebrauch, so auch von den Juristen oft gebraucht: cf. quid enim, si omnes sciunt in civitate, quod ille solus ignorat?

Daraus ergibt sich Nichts für die Behauptung, die l. c. sei von der culpa losgerissen worden und habe sich begrifflich, nur eben als „gereinigter Vorsatz" dem dolus angeschlossen und übergeordnet; wir gewinnen vielmehr die Ueberzeugung, dass die l. c. in diesem Zusammenhang einen Vorsatzbegriff nicht enthalten kann, sondern dem Gebiet der culpa im Gegensatz zum dolus angehört.

Gegen die levis culpa ist die l. c. nicht fest abgegrenzt, und, wie wir oben sahen, wurde dies oft vermisst und führte einige Juristen dazu, gewisse Thatbestände, wenn einmal culpos verwirklicht, stets als l. c. begangen anzusehen. Eine strenge begriffliche Abgrenzung ist nun aber nicht möglich, weil der Unterschied in erster Linie nur ein quantitativer, und erst dadurch vermittelt, ein qualitativ verschieden wirkender ist. Als Schuldarten stehen sich nur Vorsatz und Fahrlässigkeit gegenüber, aber letztere hat unzählige quantitative Abstufungen[1]), die practisch von Einfluss sein können, und namentlich, wo es sich um ein Fehlen gegen eine begründete Verpflichtung handelt, wichtig genug erscheinen, um als Prästationsbasis in der Form der levis c. und der lata c. zu dienen. Die Abgrenzung lässt sich theoretisch nicht herstellen; die Begriffe der diligentia diligentis und des non intellegere quod omnes intellegunt, magna, dissoluta, nimia neglegentia etc. stellen ab auf Erkenntnissmittel, deren Durchführung in letzter Linie in die Hand und das Ermessen des Richters gestellt sind, und er wird sich dabei von der Empirie seiner Zeit leiten lassen.

Als Begriff der l. c. ergibt sich aus dem non intellegere und der neglegentia: eine Nachlässigkeit, welche über alle Grenzen geht, wie sie sich ein Mensch, auch ohne diligens pater familias zu sein, nicht zu Schulden kommen lässt, und wie sie bei gewöhnlicher Ueberlegung vermieden worden wäre.

Nun folgt aber aus dieser Grundlage der l. c. im Hinblick auf ihre besprochenen Anwendungsfälle:

Wo für neglegentia soll gehaftet werden, muss positiv diligentia gefordert sein. Diligentia gegenüber fremdem Interesse wird aber principiell nur verlangt, wo man zu einem (mehr oder minder fest) bestimmten Berechtigten in einem Verpflichtungsverhältniss steht; dieses erst zieht nach sich eine Verpflichtung zum Wahrnehmen des fremden Interesses und zum Ueberlegen für dasselbe. Eine Verpflichtung besteht aber nur im Contracte und daneben in den Verhältnissen

---

[1]) Binding, Normen II. 390.

des Verkehrsrechts, in welchen man kraft verschiedener Umstände zu bestimmten Subjecten in engere Beziehung gesetzt und dabei ausdrücklich diese Ueberlegung gefordert ist.

Dies zeigt sich denn auch in den oben angeführten Verhältnissen, welche beinahe alle Fälle einer in den Quellen erwähnten Prästation von l. c. enthalten.

Also: da die l. c. Ueberlegung für fremdes Interesse zur Grundlage hat, kann sie nur prästirt werden, wo Ueberlegung gefordert wird, und dies kann an sich nur im Verpflichtungsverhältniss der Fall sein.

Damit ist durchaus nicht gesagt, dass sich aus dem Wesen des Verpflichtungsverhältnisses begrifflich nothwendig eine Prästation von mehr als dolus ergibt. Aber die stärkere Betonung der Verpflichtung führt zu einer Ausdehnung derselben, und zu einem Uebergehen in das Gebiet der nicht-vorsätzlichen Schuld, die wohl gerechtfertigt ist: es kann hier auf das verwiesen werden, was oben bei Gelegenheit des Depositum etc. gesagt wurde.

Ist aber die l. c. principiell nicht eine besondere Schuldart, sondern nur eine Höhenstufe innerhalb der unvorsätzlichen Schuld, wie stellt sich dann ihre besondere Prästation und ihr Verhältniss zu dolus dar? Antwort: ihre Prästation beruht auf Ausdehnung der Haftung in das Gebiet der culpa hinein: es werden dolus und culpa prästirt; aber von der culpa soll nur der höchste Grad in Anschlag gebracht werden; ob er vorliegt, ist im Einzelfall zu bestimmen.

Dies wird besonders deutlich, wo eine Haftung für levis c. abgelehnt, für l. c. bejaht wird. Als verpflichtende culpa gilt in diesem Falle nur eine l. c.; was unter ihr ist, verpflichtet nicht und rangirt zum casus.

Was aber ihre „Gleichstellung“ mit dolus betrifft, so sind „dolus est“ und auch „dolo comparabitur“ in erster Linie nicht als begriffliche Annäherungen zu nehmen, sondern erklären sich daraus, dass das Edict nur dolus erwähnte und die von der Praxis ausgebildete l. c. sollte angeschlossen werden. In den Ausdruck „culpa dolo proxima“ sodann nehmen die Juristen das practische Ergebniss gleich in die definirende Bezeichnung mit auf (Pernice). Er hat aber auch da, wo er auftritt, innerlich seine Berechtigung, indem die Obligation in der That bezüglich der Haftung die Grenze zwischen dolus und culpa, welche sonst in aller Schärfe zu ziehen ist, als relativ unwichtig erscheinen lässt: wo es sich um Entschädigung wegen Nichtbefolgens einer Verpflichtung handelt, ist es, sobald nicht die Straffolgen des dolus in Frage kommen, von wenig Interesse, ob

ein vorsätzliches Zuwiderhandeln oder ein völliger Mangel der geforderten Anspannung eine Verletzung der Verpflichtung zur Folge gehabt hat. Die Gründe, aus welchen diese Ausdehnung der Haftung in das Gebiet der Fahrlässigkeit erfolgt ist, sind verschiedener Art; ihre practische Rechtfertigung findet sie in der vollkommenen Zweckdienlichkeit; dass sie nicht noch weiter ging, lag in verschiedenen theils historischen theils politisch-öconomischen Gründen.

Die sog. „Gleichstellung" ist also so zu verstehen: Wo die Verpflichtung der Wahrnehmung fremden Interesses besteht, und nicht die Haftung für levis culpa oder c. in concreto ausgesprochen ist, sondern für dolus, und dolus behufs der regelmässigen Entschädigung in iudicium venit[1]), findet die Klage aus dem Verpflichtungsverhältniss gleichermassen Statt, ob dolo oder l. c. der Verpflichtung nicht nachgekommen wurde; dies tritt einmal als durchgängige Prästation ein, dann als Ausnahme neben einer principiellen Mehrprästation in gewissen Fällen, wo der Zweck jene stärkere Obligirung als unrichtig erscheinen lässt; unter Umständen ist auch als Grund die historische Entwicklung nachweisbar. Der Umfang der Verpflichtung bestimmt sich neben Vertrag und Testament auch durch Gesetz, wenn dieses eine Verpflichtung direct anerkennt; dies ist beim einzelnen Verhältniss zu untersuchen. Bemerkenswerth ist, dass die l. c. in obigem Zusammenhang stets da auftritt, wo sich der Delictscharakter gegenüber der Anerkennung der Verpflichtung verwischt hat.

Für diese Haftung ergeben nun die Anwendungsfälle der l. c. durchaus die Gleichstellung; fraglich wird aber, ob die l. c. auch andere Folgen des dolus theilt, welche die culpa nicht hat. Einzelnen in Verbindung mit dolo desinere possidere sind wir schon begegnet, und es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass sie nicht principiell sind. Wir haben nun zu untersuchen, ob die Gleichstellung der Folgen von dolus und l. c., wie sie sich für die Haftung aus dem Verpflichtungsverhältniss bezüglich der gewöhnlichen Folgen der Obligationsverletzung ergeben hat, auch durchgehends in andern Beziehungen, für den ausser-contractlichen Verkehr und alle Folgen des dolus Platz greift, und ob sich dies, ausgehend vom gewonnenen Begriff der l. c., rechtfertigen liesse.

---

[1]) Pernice II. 425: „wo dolus in iudicium venit."

B. Lata culpa im Verkehrsrecht ausserhalb des bestehenden Verpflichtungsverhältnisses?

1. Kommt bei Nichtigkeit eines Vertrags eine dolus gleichgestellte lata culpa bei Eingehung desselben in Betracht? Schadenersatz bei nichtigen Verträgen.

§ 10.

Mommsen[1]) lässt die l. c. im Civilrecht dem dolus allgemein, auch abgesehen vom obligatorischen Verhältniss, in Ansehung der Wirkungen gleichstehen, indem er jene auf dem unentschuldbaren Irrthum aufbaut. — Ob dies richtig sei, wird im Folgenden zu untersuchen sein. Dabei erscheint für unsern Zweck die Trennung zwischen dolus bei Eingehung eines Vertrags und sonstigem ausser-contractlichem dolus werthlos, weil bei beiden Straffolgen des dolus in Frage kommen. Zwei Hauptfragen ergeben sich uns:

Ist auch ausserhalb des bestehenden Verpflichtungsverhältnisses die Prästation von diligentia im Gegensatz zu der für die l. c. grundlegenden neglegentia gefordert[2])?

Und wird dann wie im bestehenden Obligationsverhältnisse zwischen verschiedenen Culpastufen unterschieden, wovon l. c. etwaige eigenthümliche Folgen des dolus theilt?

Eine eingehende Untersuchung jener ersten Frage liegt uns nicht ob, ergibt sich aber vielfach aus der Beantwortung der zweiten. Schon hier ist darauf aufmerksam zu machen, dass stellenweise specielle Gesichtspunkte sich einschieben, die mit der culpa Nichts zu thun haben, während noch gerne für die theoretische Construction, um einen allgemeinen Gesichtspunkt zu gewinnen, mit dem Culpabegriff operirt wird, wie z. B. die aedilicische Haftung: die Prästation beruht auf objectiven Thatsachen, nicht auf einer subjectiven Schuld des Verkäufers; diese wird oft gar nicht vorhanden sein. — So ist also auch hier wieder an

---

[1]) Mommsen, Beitr. I. z. Lehre v. der mora § 30 p. 109, id. Beitr. III. z. Lehre von der culpa.

[2]) Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen I. § 4 p. 20 (Vorverhandlungen bei Verträgen) bezeichnet die Motivirung der Verneinung, „es liege ja kein Rechtsgeschäft vor, nur das Rechtsgeschäft verpflichte zur Aufmerksamkeit" als petitio principii.

Einzelfällen zu untersuchen, ob, wo dolus Wirkungen hat, ihm ein grobnachlässiges Verhalten gleichsteht.

Nun sehen wir aber, dass im Allgemeinen in diesen Verhältnissen die Ausdrücke l. c. und culpa dolo proxima sich nicht finden; dies muss gegenüber der häufigen Erwähnung im bestehenden Verpflichtungsverhältniss auffallen.

Wir nehmen vorweg den Fall eines dolus resp. l. c. bei Eingehung eines nichtigen Vertrags und die Frage nach einer etwaigen Bedeutung der l. c. in Bezug auf daher rührenden Schadenersatz.

a. Nichfübereinstimmung zwischen Wille und Willenserklärung. Die herrschende Ansicht[1]), welche für das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts Uebereinstimmung von Wille und Willenserklärung verlangte, und eine Willenserklärung und damit ein Rechtsgeschäft für nichtig erklärte, wenn das als gewollt Bezeichnete vom Erklärenden nicht wirklich gewollt sei, wurde in den letzten Jahrzehnten von verschiedenen Gesichtspunkten aus in allen oder einzelnen Beziehungen bekämpft. Vielerorts suchte man der Willenserklärung als solcher eine weitergehende Wirkung zu sichern, indem man ihren objectiven Inhalt zum Massstab nahm, und war nur neben jenem Grundsatze über die Construction dieser formalen Verpflichtung, zum Wort zu stehen, und über den Umfang des Anwendungsgebietes sehr verschiedener Meinung. Am weitesten ging Bähr[2]), indem er factisch der bona fides des Gegners über Vorhandensein des Willens dieselbe Wirkung beilegen wollte, wie dem wirklichen Vorhandensein des Willens aus Gründen des Verkehrsinteresses, — theoretisch[3]) aber doch wieder diese Haftung aufbaute auf einer fingirten Einwilligung des Erklärenden darin, dass die äussere Erscheinungsform massgebend sein solle, weil er sich sagen müsse, dass nur nach ihr sein innerer Wille vom Gegenüberstehenden könne bemessen werden. Grade der culpa, und die culpa überhaupt kommen bei dieser Construction nicht in Betracht.

Eine Prüfung dieser Sätze und ihrer Berechtigung liegt nicht in unserer Aufgabe: sie sind Produkte moderner Rechtsanschauung und beruhen mehr auf

---

[1]) Cf. zur Litteratur Windscheid, Wille und Willenserklärung 1878. Zitelmann in dogmat. Jahrb. XVI 357 ff.

[2]) Bähr, über Irrungen im Contrahiren in dogm. Jahrb. XIV. 393—427 (1875).

[3]) l. cit. p. 400.

deutsch- als römisch-rechtlichen Principien; Bähr will auch keinen Quellenbeweis erbringen. Anzuführen waren sie nur, weil sie die weitgehendsten Consequenzen des Grundes enthalten, welcher allgemein für die Abweichung vom obersten Princip geltend gemacht wird: das Verkehrsinteresse. — Für uns kommt nun hauptsächlich die Ansicht in Betracht, welche Regelsberger[1]), ebenfalls vom Verkehrsinteresse ausgehend, und ihm folgend, mit eingehender Begründung für Gleichstellung von dolus und l. c., Windscheid[2]) vertheidigen: der Urheber einer den wirklichen Willen nicht ausdrückenden Vertragserklärung haftet, wenn diese Erklärung auf l. c. beruht, gleicherweise wie für dolus, d. h. nicht nur auf Entschädigung, sondern auf wirkliche Ausführung. Der Irrthum, welcher auch hier vorliegt, hat wegen seiner besondern Gestalt seine gewöhnliche Wirkung nicht; seine Qualität kommt in Betracht, weil das Verkehrsinteresse jenes Princip überwindet; „in Verbindung mit der l. c. ist uns die Thatsache der Erwartung genügender Grund, den, aus dessen Handlung sie geschöpft ist, als Wollenden zu behandeln", „das Recht behandelt den Nichtwollenden wegen gewisser Qualität des Irrthums als Wollenden." (Windscheid.)

Es ist hier also jene überwiegende Berücksichtigung der Erklärung, die den Vertrag aus einem Consensual- zu einem Formalvertrag macht, nicht so weit getrieben, wie bei Bähr, sondern das leitende Princip der erforderlichen Uebereinstimmung des internen und des externen Moments ist beibehalten, erfährt aber vom Gesichtspunkt der Verschuldung aus eine Modification, indem die auf l. c. beruhende Nichtübereinstimmung nicht relevant sein soll. Es wird demnach gleichermassen bei seiner Erklärung verhaftet, wer bewusst einen andern Willen hegt, bewusst eine andere Erklärung abgibt, um den Gegner zu betrügen (wer also nicht irrt), wie der, welcher die Erklärung abgibt, ohne zu bemerken, dass ihr Inhalt seinem Willen nicht entspricht, welcher also irrt, — sobald diese Nichtübereinstimmung von Erklärung und Wille sich darstellt als Resultat ungenügender Reflexion: der Erklärende hat nicht bedacht, was er erklärt, und dies beruht nach einem an ein solches Handeln durchschnittlich angelegten Massstab auf grober Nachlässigkeit, Schuld: es liegt also ein verschuldeter unentschuldbarer und desshalb dem Wissen gleichgestellter Irrthum vor.

---

[1]) Regelsberger l. cit. § 4 p. 17 ff.. bes. p. 19. 20.

[2]) Windscheid l. cit. § 11, bes. p. 32 und Pand. I. (5) § 75.

Diese Ausdehnung auf l. c. rechtfertigt Regelsberger vom Gesichtspunkt einer diligentia aus, die auch bei Eingehung des Vertrags, weil im Verkehrsinteresse liegend, gefordert sei. Windscheid verwirft Regelsbergers directe Beweisstellen[1]), und leitet indirect diese Sätze einmal aus ähnlicher Berücksichtigung des gegnerischen Interesses, dann aber aus den Quellenaussprüchen über Gleichstellung von dolus und l. c. her, nach welchen eine Beschränkung derselben auf den Fall der Verhaftung des Schuldners in bereits constituirter Obligation unrichtig sei; es sei auf Grund und im Sinn derselben gehandelt, wenn auch hier l. c. gleich dolus gesetzt werde.

Nun ist aber einzuwenden: was diese Stellen betrifft, so geben sie keinen Beweis für eine solche allgemeine Gleichstellung ab, sondern sind alle, wie oben ausgeführt, auf ein bestimmtes Princip zurückzuführen. Und in den Quellen ist für diesen Fall die Gleichstellung nirgends ausgesprochen, und hier wäre sie doch noch viel singulärer als im bestehenden Obligationsverhältniss, wo sie so oft erwähnt wird.

Es fragt sich, ob überhaupt schon für dolus diese Sätze richtig sind; ob schon nur bei ihm ein Einbruch in das Princip stattfindet? Erfährt z. B. die Mentalreservation deshalb vom Recht keine Berücksichtigung, weil sie einen dolus enthält und dieser den sonst erforderlichen Willen geradezu supplirt, so dass trotz mangelnder Absicht ein Vertrag besteht? Nun ist aber, wie schon bemerkt, auch in dieser Frage angemessen, auf strenges Auseinanderhalten der Sätze und Regeln des materiellen und des processualen Rechts zu dringen. Sätze des letztern üben auf jene die grösste Wirkung aus, und sind geradezu berufen, eine richtige Durchführung derselben zu ermöglichen. Nun finden wir gerade den Fall der Mentalreservation in den Quellen nirgends erwähnt, aber dass sie nicht berücksichtigt wird, beruht offenbar darauf, dass eine Berufung auf eigenen dolus behufs Erlangung eines Vortheils oder Abwendung eines Nachtheils nicht zuzulassen ist; die Wirkung des materiellen dolus als solchen tritt gar nicht zu Tage[2]).

In der That besteht auch hier das herrschende Princip ganz unbeschränkt; aber die practische Durchführung führt zu Modificationen. Wer sich auf Dis-

---

[1]) fr. 11 pr., fr. 43 § 1 contr. emt. 18. 1.

[2]) Cf. Schliemann, Lehre vom Zwang 114. 115. Zitelmann in dogmat. Jahrb. XVI. 382. 401 f. gegen Kohler ib. 90 ff.

crepanz zwischen Wille und Willenserklärung beruft, hat sie zu beweisen; es mag sein, dass er Recht hat, es handelt sich aber darum, ob er den, welcher dies entscheiden soll, davon überzeugen kann. Denn der Beweis kann nur auf äussern Thatsachen aufgebaut werden; ob sie mit zwingendem Schluss vorliegen, ist der Prüfung des Entscheidenden anheimgestellt. Es wird aus der äussern Kundgebung des Willens so lange auf das innere Moment geschlossen, bis evident das Nichtwollen dargethan ist, und mit diesem Beweis wird es streng genommen. So wird sich factisch oft das Verhältniss so gestalten, dass der Erklärende verhaftet bleibt, trotzdem es ihm in der That am Willen fehlte, weil er nicht im Stande ist, einen äussern Thatbestand, der zwingend auf ein Wissen und Wollen hinweist, zu entkräften. Ja, noch mehr: wo das behauptete Fehlen der Absicht nach dem vorliegenden Thatbestand nicht liquid war, lag es in der Hand des Richters, diese unerbringliche und unglaubhafte Behauptung gar nicht weiter zu berücksichtigen, nicht anzuhören. So konnte es allerdings kommen, dass Fälle verschuldeten Nichtwissens prästirt wurden; aber dies beruhte auf processualen Regeln, nicht materiellem Einbruch in das herrschende Princip. So z. E. in dem von Windscheid angeführten Beispiel: Unterschreiben einer Urkunde und nachfolgende Behauptung, der Verpflichtungswille habe gefehlt, man habe ihren Inhalt nicht gekannt. Man vergleiche zu diesen processualen Regeln die schlagenden Beispiele der Quellen[1]): Jemand kauft persönlich einen Sklaven mit ausgestochenen Augen, grosser Wunde am Kopf, und behauptet nachher, dies nicht gesehen zu haben. Nicht: ein solcher Irrthum ist unentschuldbar, und daher ohne Erfolg — sondern: eine solche Behauptung ist durchaus unglaubhaft, man hört sie gar nicht an.

Der unentschuldbare Irrthum steht also auch nicht, wenn auf grober Nachlässigkeit beruhend, einem Wissen und Wollen gleich, sondern der error non probabilis tritt hier, wie schon oben nachzuweisen versucht wurde, als rein processualer Begriff auf; in diesem Sinn wird probabilis error, beweisbarer Irrthum, gefordert.

Diese Modificationen haben ihre volle Berechtigung[2]). Gerade die Gestaltung

---

[1]) fr. 11 § 3 inst. act. 14. 3. fr. 14 § 10 aed. ed. 21. 1. fr. 43 § 1 C. E. 18. 1. cf. fr. 55 aed. ed. 21. 1.

[2]) Cf. darüber die feinen Bemerkungen Zitelmanns, l. cit. p. 428 ff.

der Beweislehre, welche den Beweis erschwert, dient in vielen Fällen als richtiges Correctiv der materiellen Rechtssätze; es ist wünschenswerth, diese in allen ihren Consequenzen beizubehalten, eine etwaige Unbilligkeit aber zu corrigiren in und mit dem Stadium der Verwirklichung.

Von diesem präsumtiven Wissen des Beweisrechtes ist aber die l. c. als materieller Begriff völlig verschieden. Beruht auch der Irrthum auf ihr, so ist doch, wenn wirklich das Nichtwollen klar ist, wegen desselben der Akt nichtig, und es tritt nicht der Gesichtspunkt der Verschuldung des Irrthums modificirend ein: eine solche Ueberwindung eines Grundprincips in einem Einzelfalle durch ein anderes neues müsste doch erwähnt sein; es ist es aber nirgends in einem eine materielle grobe Nachlässigkeit begreifenden Sinne.

Finden wir also das Princip, erforderlich sei Absicht, durchgehends anerkannt, so können auch die von Windscheid angeführten Stellen Nichts für eine Gleichstellung von dolus und l. c. in diesem Verhältniss ergeben, in welchem ja sogar der dolus keine Rolle spielt. Damit ist die Frage nur noch eine theoretische, und da ergibt sich, dass in jenen Fällen die Ausdehnung auf l. c. zum Theil aus dem Obligations- und obligationsähnlichen Charakter der Verhältnisse resultirt, theils wirklich Ausnahmen vorliegen, in welchen sich die l. c. aus einer strengen Betonung der Verpflichtung erklärt[1]), und die keineswegs analog auszudehnen sind. In dem in Frage stehenden Verhältniss ist die culpa und vor Allem eine Scheidung in lata und levis culpa gar nie gebraucht, noch sind auf sie die so durchgreifend andern Folgen aufgebaut, dass der Erklärende dort zur Erfüllung eines in Wahrheit nicht eingegangenen Vertragsversprechens, hier jedoch zu negativem Vertragsinteresse verpflichtet erschiene. Die l. c. bezeichnet eben auch technisch nur hohe neglegentia gegenüber einer bestehenden Verpflichtung, und so scheint schon ihr durchgängiger Gebrauch für „grobe Nachlässigkeit" nicht richtig. Aber auch diese kommt, wie gesagt, nicht in Betracht, und die Nichtberücksichtigung eines non probabilis error hat auch mit ihr und materiellen Rechtsregeln Nichts zu thun.

Neben dieser Nichtigkeit des Vertrags kann aber durchaus Ersatzpflicht für den dadurch entstandenen Schaden seinen Platz finden. Insofern kann in Betracht kommen, dass der Gegner sich auf das scheinbare Rechtsgeschäft ver-

---

[1]) fr. 9 § 4 ad exhib. 10. 4 gehört nicht hieher.

lassen hat und nun Schaden erleidet, wenn es nicht zu Stande gekommen ist; der, auf dessen Seite diese Gründe lagen, hat ihn so schadlos zu halten, als wäre ein Vertrag zwischen beiden nie angebahnt worden. Mag man nun diese Verpflichtung auf der getäuschten Erwartung des Gegners oder einer culpa des Erklärenden construiren, so ist doch jedenfalls diese für das Hauptprincip, die Nichtigkeit bei Divergenz von Wille und Willenserklärung, nicht massgebend, so, dass eine Nichtberücksichtigung des Willens und Haftung nach dem objectiven Inhalt der Erklärung wegen dolus oder l. c. eintreten würde.

b. Prästationspflicht bei Unmöglichkeit der Leistung.

Auch diese ist für uns nur soweit zu behandeln, als eine Gleichstellung von dolus und l. c. in Frage kommt.

Die Prästation der im giltigen Obligationsverhältniss entstehenden Unmöglichkeit der Leistung fällt der Lehre von dolus, culpa, casus anheim, also bezüglich l. c. unter die sub A aufgeführten Regeln, und falls die versprochene Leistung möglich, nur dem betreffenden Schuldner nicht erbringlich ist, ist der Vertrag völlig giltig, und an Stelle der Realleistung tritt das in jedem Vertrag neben der primären Leistung liegende Geldaequivalent. — Wo aber sofort zur Zeit des Vertragsabschlusses die versprochene Leistung objectiv — also ohne Beziehung auf einen bestimmten Schuldner unmöglich ist, ist der Vertrag nichtig, und zwar durchweg, sogar wenn dem Versprechenden dolus zur Last fiel: es soll nur die res entscheiden[1]). Dadurch erleidet nun aber möglicherweise der, welcher die Unmöglichkeit nicht kannte und sich auf die Giltigkeit des ihm gegebenen Versprechens verlassen hatte, Schaden, und diesen scheint es richtiger, den Erklärenden als ihn tragen zu lassen. — Ueber Umfang und Construction dieser Verbindlichkeit ist aber zwischen denen, welche sie überhaupt anerkennen, Streit. Mommsen, Windscheid, Brinz, Ude[2]) verpflichteten zum Interesse, welches der Gläubiger daran hatte, „über die wahre Beschaffenheit der Leistung nicht getäuscht zu sein“ (Mommsen cit.), den Schuldner mit vereinzelten Ausnahmen nur bei dolus und l. c. Die Construction aber einer Haftung erfolgte so, dass man die Prästationsschuld als eine delictsartige bezeichnete[3]), und dem

[1]) fr. 57 § 1 C. E. 18. 1.

[2]) Mommsen, Beiträge I. 107—109. 133. 139. Windscheid ad Mommsen cit. Heidelb. krit. Ztschr. II. 116. 118. Brinz, krit. Ueberschau V. 291. Ude, civ. Archiv 48. 258 ff.

[3]) Mommsen, l. cit. p. 109. 133. Brinz, l. cit. p. 292.

dolus wurde dann, von der allgemeinen Gleichstellung ausgehend, die l. c. zugetheilt[1]). Namentlich construirt Mommsen den Schadenersatzanspruch durchaus nach Grundsätzen aussercontractlicher Verschuldung, also eigentlich als a. de dolo, und hiernach stände bei a. de dolo l. c. dem dolus gleich, l. c. immerhin als unentschuldbarer Irrthum[2]) genommen.

Diese Gestaltung des Interesses hatte schon Savigny[3]) für den Fall der Nichtigkeit des Kaufs wegen error in substantia angewandt, aber die Verpflichtung zu demselben streng auf Delict, Betrug des Verkäufers gegründet. Die Verwerthung für vorliegende Fälle ist ein wesentliches Verdienst Mommsens; aber unrichtig war die Beschränkung auf dolus und l. c. und in der That nicht vereinbar mit fr. 8 § 1 de rel. 11. 7. fr. 8 de H. v. A. v. 18. 4 und fr. 21 pr. A. E. V. 19. 1, das nur von ignorantia des Käufers spricht.

v. Ihering[4]) bekämpfte sie und auch Windscheid[5]) gab seine Ansicht auf, indem beide auf verschiedenem Wege zu demselben Resultate, einer weitgehenderen Haftung, gelangten. Mit diesem Nachweis wird nun eine Untersuchung, ob eine Gleichstellung von dolus und l. c. vorliege, überflüssig; aber es ist doch darauf hinzuweisen, dass eine Verwerthung der technischen Ausdrücke l. c. und culpa dolo proxima, oder eine Erwähnung einer groben Nachlässigkeit, ohne welche die Unmöglichkeit erkannt worden wäre, als dem Wissen gleich behandelte Schuldart sich auch hier nirgends findet, und dass, wo die Haftung von dolus auf l. c. ausgedehnt ist, der Delictscharakter stets in den Hintergrund getreten ist. Und in dem Fall, dass nur theilweise Unmöglichkeit vorliegt, der Vertrag also, und zwar wegen Vorhandensein von res bis zum Betrag der Möglichkeit giltig ist, ist das positive Interesse — positiv wegen der Giltigkeit des Vertrags — für welches ihn fr. 57 § 1 C. E. 18. 1 bei seinem Wissen haftbar macht, streng auf dieses zu beschränken, nicht auf ein grob nachlässiges Nichtwissen auszudehnen.

Zeigen uns die oben aufgeführten Stellen, dass Beschränkung der Haftung

---

[1]) Mommsen: „dolus, dem l. c. gleichsteht, ist allgemein causa obligationis." (l. cit. p. 109.)

[2]) Ueber dessen Begriff v. Beiträge I. 108. N. 11.

[3]) Savigny, System III. § 138.

[4]) v. Ihering, Jahrb. für Dogm. IV. 1 ff., besonders 11. 12.

[5]) Windscheid, Pandekten § 315.

auf die Fälle der l. c. ungenügend ist, so ist zu fragen, wie sich denn eine weitergehende Verpflichtung construirt? Wenn wir uns bewusst sind, dass eine Durchführung des Gesichtspunktes imputabler Verschuldung allerdings oft schwer ist, bietet ein Aufbau auf culpa einstweilen immerhin noch den besten Anschluss an bekannte Rechtsprincipien, einmal für die Construction dieser Ersatzpflicht, dann für einheitliche Bestimmung des Umfangs ihrer Anwendung [1]).

Dies führt uns nun weit über diese Einzelanwendung hinaus zu den Fällen, wo überhaupt der beabsichtigte Vertrag wegen eines auf Seite des Erklärenden liegenden Mangels nicht zu Stande gekommen ist.

c. Schadenersatz bei nichtigen Verträgen. „C. in contrahendo." Grundsätzlich soll und darf der Gegenüberstehende die empfangene Willenserklärung als vollwirksam betrachten, solange nicht das Gegentheil vorliegt. Wäre dies nicht der Fall, so müsste jedesmal die Annahme einer Willenserklärung von den unmöglichsten Cautelen begleitet sein; und es läge, wie klar ist, im Interesse keines der Contrahenten, wenn jedesmal der Gegner sich erst von der Uebereinstimmung von Wille und Erklärung, Abwesenheit eines wesentlichen Irrthums, Vorhandensein oder Commercialität des Vertragsobjects im Moment des Abschlusses, Richtigkeit der Uebermittlung durch das vom Erklärenden gebrauchte Communicationsmittel bei Verträgen unter Abwesenden etc. vergewissern müsste [2]). Eine Mangelhaftigkeit dieser Requisite liegt nicht in der Regel; und die Ausnahme kann nicht Ausgangspunkt für die Statuirung einer solchen Verbindlichkeit sein.

Ist nun das scheinbar giltige Rechtsgeschäft in Wahrheit ungiltig, weil der Erklärung ein Mangel anhaftete, oder eine spätere mögliche Gegenerklärung erfolgte, so kann unter Umständen der Gegencontrahent Schaden erleiden, indem er im Glauben an die Giltigkeit eine Disposition getroffen hat. Für diesen Fall soll nun der Erklärende verantwortlich sein, weil an seiner Erklärung der Mangel haftete, nicht an dem die Erklärung Empfangenden. — Es lässt sich nicht sagen, dass der Gegner gleichsam ein erworbenes Recht auf die Erklärung hat, wie sich dieselbe ihm darstellt, denn die Betonung eines solchen würde consequent zu positivem Schadenersatz führen, während in der That nur negatives

---

[1]) v. Ihering, l. cit. p. 40.

[2]) v. Ihering, l. cit. p. 112.

Interesse, also nur in Folge von Dispositionen entstandener Schaden, zu vergüten ist. Vielmehr zeigt sich, dass, weil der Gegner in Annahme der Giltigkeit des Geschäfts recht gehandelt hat — er durfte und sollte sie annehmen — und seine Dispositionen auf Grund dieser Annahme vollberechtigt sind, nicht auf ihn bei Nichtigkeit dieser Schaden fallen soll, sondern auf den, welcher ihn veranlasst hat; dieser wird verantwortlich, auch wo die Nichtigkeit Folge eines nicht in seiner Person liegenden Mangels ist. Es ist eine oft weit über eine culpa gesteigerte Verantwortlichkeit singulärer Natur aus Gründen der Billigkeit: der Gegner soll nicht den Schaden, den er durch Nichtigkeit in Folge meiner, wenn auch objectiv, mangelhaften Erklärung direct erlitten, tragen, sondern ich.

Auch v. Ihering, welcher in seinen feinen Untersuchungen über Schadenersatz bei nichtigen Verträgen[1]) den Gesichtspunkt einer culpa in contrahendo begründet und durchgreifend als allgemeines Princip verwerthet hatte, anerkennt[2]), dass eine schlechthinige Durchführung des Gesichtspunkts der culpa unmöglich ist, eigentlich eher eine Verantwortlichkeit, als eine Haftung für Schuld vorliegt. Doch lässt sich die Terminologie, wenn man sich der nicht streng technischen Bedeutung der culpa klar ist, damit rechtfertigen, dass auch die Quellen bisweilen culpa in diesem objectiven Sinn gebrauchen, wie schon in der Einleitung § 1 erwähnt wurde.

Die Resultate dieser Theorie sind vielfach angegriffen worden[3]), nicht minder ihre Begründung; für letztere kann auf v. Iherings Ausführungen Bezug genommen werden: eine Auseinandersetzung würde uns zu weit führen. Darüber, ob der Schutz ein genügender sei, lässt sich ja streiten; jedenfalls ist die Theorie ein grosser practischer Fortschritt gegenüber der frühern Betrachtung dieser Fälle.

---

[1]) v. Ihering, dogm. Jahrb. IV. 1 ff. = Gesammelte Aufsätze II. 327 ff.

[2]) v. Ihering, Vermischte Schriften 169.

[3]) Nicht gelungen Hesse, Civ. Archiv 61 p. 260 ff. Für den Fall des falsus procurator Zimmermann, stellvertretende neg. gestio 288 ff.; ihm scheint die Theorie weder theoretisch begründbar noch practisch glücklich; einmal liege das gleiche Bedürfniss auch bei mangelnder culpa vor, dann sei Beschränkung auf das negative Interesse unthunlich; er selbst fordert directe Behaftung. Man übersehe aber nicht, dass in der ganzen Theorie die culpa nicht allzu streng zu interpretiren, und nur als constructiver Ausgangspunkt anzusehen ist, den der Begründer selbst gegen einen quellenmässig festern, dasselbe leistenden nicht als essentialen festhalten würde.

Wir erhalten also das Resultat, dass eine l. c. im Sinn von grober Nachlässigkeit sich in Zusammenhang mit Nichtigkeit von Verträgen nicht findet, und dass einer groben Nachlässigkeit nicht im Verein mit dolus eigenthümliche Folgen zukommen.

Diesem Resultate scheint nun zu widersprechen fr. 11 § 11 de interr. in iure fac. 11. 1[1]). Sie scheint zu sagen, dass eine Erklärung wegen Irrthums nichtig sein könne, aber wegen demselben zu Grunde liegender l. c. aufrecht gehalten werde. Vielmehr verhält es sich aber so: auf eine interrogatio in iure — nach der Passivlegitimation — ist der interrogatus zur Antwort verpflichtet, und zwar verbindet ihn dieselbe in der Art, „dass ihr, wenn sie im Sinn der Statthaftigkeit der Klage oder des weitern Umfanges derselben von der Wahrheit abweicht, jenem gegenüber formale Wahrheit zugeschrieben wird. Ist seine Antwort in umgekehrter Richtung unwahr, oder erfolgt sie gar nicht oder ohne die nöthige Bestimmtheit, so wird die Statthaftigkeit der Klage von Seite des fraglichen Verhältnisses im weitesten Umfang gegen ihn angenommen. Ex iusta causa ist jedoch Ablehnung der Antwort, Verweigerung, Bedenkzeit, Rücknahme und Berichtigung möglich“[2]). Principiell haftet er also streng formal für jede Antwort; der Anspruch ist nicht ein Delictsanspruch nur auf Grund eines dolus, wie z. B. dolo desinere possidere, sondern gründet sich auf die formale Anerkennung durch den Beklagten, so dass er sic tenetur quasi ex contractu obligatus, pro quo pulsabitur[3]); (dem Pernice[4]) und Hesse[5]) gerecht werden wollen durch Citiren nur bis obligatus und Auffassung, die Stelle sage, die Antwort verpflichte quasicontractlich!) wobei dann in Analogie der wirklich bestehenden Haftung immerhin zu sehen ist, ob die Antwort Nichts enthält, was in Wirklichkeit rechtlich oder factisch unmöglich wäre — in diesen Fällen ist die Antwort ohne Weiteres zurückzuweisen: falsae confessiones naturalibus convenire debent[6]). Diese durch-

---

[1]) fr. 11 § 10: qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. § 11: sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen, responderit, dicendum erit, absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima sit. (Ulp.)

[2]) Keller, C. Proc. (5) p. 247 in f. p. 248.

[3]) fr. 11 § 9 h. t. 11. 1.

[4]) Pernice, Labeo II. 401. N. 32.

[5]) Hesse, l. cit. p. 257 n.

[6]) fr. 13 h. t. 11. 1.

gängige formale Verpflichtung kann aber remedirt werden durch Nachsuchen der in integrum restitutio, und darüber redet unsere Stelle. Der Erbe, welcher seine Erbenqualität läugnet, ist, wenn er in Wirklichkeit Erbe ist, unbedingt für die ganze Schuld verhaftet; bei iustus error soll er jedoch restituirt werden. Bei einem heres non suus wird nun ein behaupteter error facti kaum iustus sein, denn ist er Erbe, so hat er ja angetreten[1]), wohl ist dies aber für den suus heres möglich, welcher Erbe sein kann, ohne es zu wissen. Und ein Rechtsirrthum kann für beide nicht — iustus sein[2]). Der iustus error ist eben auch hier objectiv und nicht als unverschuldeter Irrthum zu nehmen. — In § 11 wird dann verhandelt, wie bei respondere im Gegensatz zum negare des § 10 — auf diesen beiden Worten liegt der Gegensatz, nicht auf iustus error und culpa — sich die in integrum restitutio stelle, und zwar vom Gesichtspunkte des Verhältnisses des interrogatus zum actor aus, daher dolus und culpa. Respondere bedeutet ein Zugeben der Erbenqualität ganz oder pro parte, wo man gar nicht oder zu Weniger Erbe ist, oder[3]) Angabe eines geringern Umfangs, als der Wahrheit gemäss. Gegen die hier eintretende Haftung für den zugestandenen Theil resp. die ganze Schuld wird nun natürlich bei dolus nicht restituirt, wohl aber, wenn die Antwort dem Kläger gegenüber sich als culpose darstellt, ausgenommen bei culpa dolo proxima. Diese Ausdrücke erklären sich aus der strengen Verpflichtung, in welche der interrogatus durch die interrogatio des Prätors oder des Gegners gesetzt wird, eine überlegte und geprüfte[4]) Antwort zu geben. Eine völlige Nachlässigkeit gegenüber dieser Verpflichtung erscheint als c. dolo proxima: sie braucht nicht gerade auf Irrthum, sie kann auch auf völligem Mangel an Denken beruhen. Es stellt sich schon die Restitution bei gewöhnlicher culpa als Billigkeitsausnahme dar, denn principiell verhaftet jede Erklärung unbedingt nach ihrem objectiven Inhalt rein formal; so weit ging nun aber die Concession an das materielle Princip nicht, dass auch in Fällen, wo grob nachlässig falsch geantwortet wurde, die Formalhaftung aufgehoben wurde und somit nur auf dolus jene Vorschrift Anwendung fände. Der Zweck dabei ist vor

---

[1]) fr. 2 h. t. 11. 1.

[2]) cf. fr. 8 h. t. 11. 1. einen Fall, der Rechtsirrthum sein kann und doch iustus ist.

[3]) Wie in fr. 11 § 2 h. t., cf. fr. 11 §§ 7—9 h. t. 11. 1.

[4]) fr. 5. 6 h. t. 11. 1.

Allem ein rechtspolitischer; aber wie das ganze Institut eigenthümlich gestaltet ist, ist nun klar, dass eine Construction, wie zu Anfang, in keiner Beziehung passt. Für die allgemeine Willenstheorie ist dieser Fall sodann, weil hier die Formalhaftung sich als Eigenthümlichkeit darstellt, ohne Einfluss. Damit kann auch eine Ausdehnung dieser erwähnten Principien auf gewöhnliche Willenserklärungen nicht statthaft sein.

Die culpa dolo proxima erscheint als Theil der culpa [1]) und eine Construction als Vorsatzbegriff ist in diesem Zusammenhang recht schwierig. Ferner ist aber durchaus nicht nothwendig der iustus error des § 10 so Gegensatz zur culpa des § 11, dass die Stellen sagen sollen, gegen eine auf entschuldbarem oder nur leicht verschuldetem Irrthum beruhende Antwort werde restituirt (Keller), nicht gegen einen dem Wissen gleichgestellten unentschuldbaren weil schwer verschuldeten Irrthum [2]). Denn die angeblichen Gegensätze iustus error und error, welcher auf Nachlässigkeit beruht, decken sich nicht nothwendig; vielmehr ist, wie oben bemerkt, der iustus error einmal materieller objectiver Begriff, dann aber auch, ähnlich wie probabilis, processualer als ein, weil glaubhaft, zum Beweis zugelassener Irrthum: der angebliche Irrthum, der völlig unglaubhaft erscheint, wird vielleicht nicht beweisbar sein, ja gar nicht zum Beweis zugelassen; damit wird aber eben das Vorgegebene nicht geglaubt, ein Nichtirren, ein dolus angenommen, nicht dem Vorgeben geglaubt, der Irrthum angenommen, aber dem Irrenden ein Vorwurf gemacht, dass er aus grober Nachlässigkeit geirrt habe, und nun construirt, grobe Nachlässigkeit werde behandelt wie dolus und desshalb grober Irrthum wie Wissen.

Anhang. Nicht speciell in diesen Zusammenhang gehörig, aber vor Uebergang zum Folgenden zu besprechen ist fr. 2 § 5 de Her. v. Act. vend. 18. 4 [3]) (Ulp.).

[1]) Treffend ist der Einwand von Pernice II. p. 402 n. 35 gegen die Construction Bindings l. cit. 365, dass in fr. 18 h. t. cf. fr. 20 pr. ib. wegen wissentlich falscher Antwort aus entschuldbarem Beweggrund restituirt werde; und dies wäre doch nach Binding l. c.

[2]) Eben diese Auffassung hat auch die Glosse ad h. fr. zu einer Aufzählung von Beispielen geführt: so wird ein Rechtsirrthum „3 Zeugen genügen zum Testament" als l. c., ein factischer Irrthum „alle Zeugen beim test. nuncupativum waren idonei" (während einer stumm war) als levis c. aufgeführt — und, aus beiden gemischt, als l. c. „der interrogatus meint, ein furiosus habe ihn instituirt."

[3]) cf. Göschen, Vorlesungen Bd. III. Abth. V. p. 322 ff.

Eine Haftung für l. c. erscheint höchst befremdlich und hat einzelne Autoren bewogen, für den Erbschaftskauf eine ausnahmsweise Haftung des Verkäufers nicht für diligentia, sondern nur für l. c. anzunehmen, „weil nicht einzelne Erbschaftssachen, sondern ein Erbrecht verkauft werde[1].“ Dies musste dann zu gewaltsamer Interpretation von fr. 3 h. t. führen und ist unrichtig: denn Erbe nach Aussen bleibt in der That der Veräusserer, und die Schuldprästation richtet sich völlig nach den Regeln des Kaufs. Es handelt sich vielmehr um eine l. c. vor Veräusserung der Erbschaft. Das erklärt sich so: oberstes Princip ist, dass der Käufer so zu stellen ist, als wäre er Erbe geworden — wie sich das am deutlichsten darin zeigt, dass die durch Confusion erloschenen Verbindlichkeiten, andrerseits auch Rechte des Veräusserers gegen den Erblasser wieder hergestellt werden. Von dolus malus kann nun nur die Rede sein in Hinsicht auf einen Kauf, also in einem Moment, in welchem der Erbe schon in Unterhandlungen steht; denn vorher braucht ja auf Niemand Rücksicht genommen zu werden und der Erbe kann frei schalten. Und in Hinsicht auf jene Verpflichtung, den Erwerber so zu stellen, als wäre er selber Erbe geworden, erklärt sich seine Pflicht, jetzt schon darauf bedacht zu sein, die Erbschaft in ihrer Totalität zu wahren und sich um die ausstehenden Guthaben zu kümmern, nicht nur keine Veräusserungen vorzunehmen und möglichen Erwerb zu versäumen in der Absicht, dies bei Abschluss des Vertrags zu verschweigen, sondern auch positiv auf Vermeidung von Verlusten bedacht zu sein: zu prüfen, ob unsichere Guthaben vorhanden sind, und sie einzuklagen, bevor der Schuldner insolvent wird, die Schuld verjährt; eine angefangene Usucapion zu interpelliren; nicht, wenn für Erbschaftsschulden belangt, ohne Prüfung ein indebitum zu bezahlen; nicht dem Schuldner, der Acceptilation begehrt, diese zu gewähren, ohne ihre Berechtigung zu prüfen; wenn er verkaufen will, nicht unter dem Preis zu verschleudern etc. Er soll verhaftet sein, wenn er diese Mängel bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit eingesehen hätte. Das dolo desinere possidere ist also hier weiter ausgebildet zu einem l. c. desinere possidere, indem für diesen Fall des Erbschaftskaufs, welcher den Erwerber zur Vergütung der Erbschaftsschulden verpflichtet, dem Veräusserer allerdings die Pflicht auferlegt ist, schon während der Unterhandlung in dem Umfang, welcher die Basis derselben bildet, die Erbschaft zu beschaffen; nicht

[1]) Z. B. Schömann, Civilr. I. 285.

nur keine nachtheiligen Rechtsgeschäfte vorzunehmen, sondern auch keine dringend gebotenen zu versäumen.

Dies könnte doch wohl als singuläre Ausnahme für diesen speciellen Fall zu fassen sein, wo die Erbschaft als Ganzes veräussert wurde; in seinen Dispositionen hatte da schon der formell noch freie Erbe das Interesse seines Gegners zu wahren[1]).

Damit sind nun alle relevanten Fälle, in welchen die Quellen die technischen Ausdrücke lata culpa, neglegentia, culpa dolo proxima etc. und dolus im Verkehrsrecht neben einander stellen, aufgeführt.

2. Treten die Folgen eines dolus, welche sich als Straffolgen darstellen, auch bei l. c. ein?

a. Actio doli, exceptio doli. Dolus bei Eingehung eines Vertrags. In integrum restitutio propter dolum.

§ 11.

α. Actio doli. Wir finden die Ansicht, die a. doli erfordere überzeugenden Beweis des dolus; für den Fall der l. c. könne man sich der a. in factum bedienen[2]). Häufig[3]) ist betont, dass bezüglich der a. doli die „Gleichstellung" von dolus und l. c. cessire, während Mommsen[4]) von seinem Begriff des unentschuldbaren Irrthums aus zur Gleichstellung gelangen muss; Binding[5]) von seiner Auffassung der l. c. aus für Begründung aussercontractlicher Ersatzpflicht die Gleichstellung anerkennt: die Durchführung geschehe mittelst a. in factum — Löhr[6]) sie verwirft. Für Leugnen der Gleichstellung bei a. und exc. doli und

[1]) Mit Pernice l. cit. II. 397, dem aber in der Beschränkung des Schlussatzes auf dolus nicht beizustimmen ist; er umfasst auch l. c.

[2]) Glück V. 534. 535.

[3]) Goldschmidt, Lucca-Pistoja Aktienstreit p. 81 ff., Nachtrag p. 20. v. Ihering in dogm. Jahrb. IV. 12. Unterholzner, Schuldverhältnisse II. § 335 ff. Wächter, Würtemberg. Privatr. II. § 112 n. 12.

[4]) Mommsen, Beitr. I. 109.

[5]) Binding, Normen II. 387.

[6]) Löhr, Theorie der culpa § 14 „l. c. ist wissentliche Unterlassung; da man wegen dieser

Eingehung von Verträgen — sie greife nur Platz für das bestehende Contracts- resp. Obligationenverhältniss — sprechen sich ferner mehrere Urtheile deutscher Gerichtshöfe aus[1]).

Die l. c. wird dabei als „grobe Nachlässigkeit" genommen: die Voraussetzungen der a. doli sollen also nicht erbracht sein, wenn ein Thatbestand erwiesen ist, der jedenfalls auf grobe Nachlässigkeit, nicht zwingend auf dolus schliessen lässt.

Nun ist aber zu sagen: nur wenn der Delictscharakter der Klage verwischt ist und sie in Gestalt einer a. in factum in Verhältnissen, die sich obligatorischen nähern, erscheint, ist in Betonung dieses Verhältnisses die Haftung auf l. c. ausgedehnt[2]).

Die a. doli des Aquilius ist eine subsidiäre persönliche arbiträre Delictsklage; ihre Bestimmung ist wesentlich, in die vorhandenen Lücken einzutreten, in welchen ex bona fide Abhilfe geboten ist, kein anderes Mittel sie aber gewährt — wohl hauptsächlich mit in Rücksicht auf den dolus im Gebiet der stricti iuris negotia, aber nicht auf sie beschränkt. Zeigt sich darin, dass die Condemnation nicht ins Mehrfache, sondern auf Schadenersatz geht, und dass die Klage arbiträr ist, eine Anlehnung mehr an reipersecutorische Klagen, so liegt in der Haftung Mehrerer in solidum, der unbeschränkten Haftung während kurzer Zeit, auch wenn der Dolose nicht bereichert ist, nachher, und für die Erben, aber nur auf Bereicherung, mehr der Gesichtspunkt des Delicts. — Als Grund der Subsidiarität ist wohl mit Schneider und Brinz[3]) nicht die Infamie, sondern die historische Entwicklung der Klage anzunehmen, während jene freilich für einzelne Fälle ihrer Versagung massgebend wird: sie ist einerseits suppletorisch und soll andrerseits nicht schon vorhandene Klagen verdrängen. Denn die Condemnationsstrafe der Infamie findet sich ja auch bei andern Klagen, ohne dass dieselben subsidiär wären. Dann cf. fr. 7 § 1 de dolo 4. 3.

---

nur im Obligationsverhältniss verpflichtet wird, kann ausserhalb desselben in der Regel keine l. c. entstehen."

[1]) Seuffert, IX. 144. O. A. G. Lübeck, 26. Febr. 1853. Ausführlich XXVII. 91. R. O. H. G. 26. Jan. 1872. XXIX. 26. R. O. H. G. 3. Sept. 1873.

[2]) Pernice, Labeo II. 94 ff. 411. 412.

[3]) Schneider, allg. subs. Klagen des röm. Rechts 329 ff. Brinz, Pand. II. § 344.

Grundlage der Klage ist dolus malus; so im Wortlaut des Edicts[1]), und Ulpian lässt sie anwenden als dem Prätor gegebenes Hilfsmittel adversus varios (= fallaces) et dolosos, qui aliis obfuerunt calliditate quadam. Erscheint der dolus noch in der Definition des Servius als Betrugsdolus (aliud simulare aliud agere, Definition des Aquilius[2]), so ist Labeos Definition noch nicht viel weiter „dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam" — welche Ulpian billigt; der dolus ist damit etwas weiter, obschon die Definition gegenüber gewissen Anwendungsfällen[3]) nicht ganz glücklich erscheint, und das Moment der heimlichen List noch zu sehr darin betont ist, während der Meinung[4]), die Klage sei an sich, ihre Subsidiarität vorbehalten, auf jede arglistige Schädigung eines Andern anwendbar, wohl Recht zu geben ist.

Die Infamie ist eine Folge der niedern Gesinnung, welche sich regelmässig in solchen Fällen des dolus zeigen wird. Liegt diese nicht vor, so soll auch die Infamie nicht eintreten; die a. doli wird daher bei der causae cognitio versagt und unter Umständen eine nicht infamirende in factum a. gegeben: die Unsittlichkeit liegt nicht im Begriff des dolus, sondern nur der unsittliche, und desshalb in diesem Verhältniss für diesen Fall speciell genannte dolus qualificirt zur a. doli. Dies ist der Grund, warum bei Mangel der niedrigen Gesinnung und bei Vorliegen eines edeln, verzeihlichen etc. Motivs nicht von dolus gesprochen wird[5]), und warum gegen Respectspersonen die a. doli nicht zugelassen wird: die infamirende Folge der a. doli bewirkt, dass, weil das niedrige Motiv als begleitender Umstand des zu ihr qualificirenden dolus erscheint, schon in der Er-

---

[1]) fr. 1 § 1 h. t. 4. 3.

[2]) Wie Cic. de offic. III. 14 zeigt.

[3]) Z. B. fr. 7 §§ 6. 8. 9, fr. 18 § 5, fr. 19. 32. 34. 35 h. t. 4. 3.

[4]) Burchardi, Wiedereinsetzung 311 und die daselbst citt. Fragmente. Windscheid, Pand. 451. — Anders Pernice l. cit. II. 107. Aber eine „hinterlistige Veranstaltung" lässt sich doch in fr. 34 h. t. nicht finden — ausserdem ist auf ihre Concurrenz mit a. quod metus causa hinzuweisen; allerdings sind jenes seltene Ausnahmefälle und dies ein merkwürdiger Durchbruch des Princips der Subsidiarität, der zeigt, wie der dolus der a. doli vereinzelt das Moment der vis in sich aufnahm. Ist es möglich, diesen Satz mit Pernice l. cit. 111 bloss als „theoretische Aeusserung" aufzufassen? Der Grund dieses Durchbruchs lässt sich allerdings nicht finden.

[5]) S. oben § 3.

wähnung des dolus in diesem Zusammenhang ein Vorwurf liegt, welcher in jenen Fällen unrichtig erscheint und erspart werden soll. Diese Fälle werden aber nie unter die Benennung culpa gebracht, sondern es wird nur negativ die Bezeichnung dolus vermieden, und gerade der Ausdruck dolo proximum, welcher diese Tendenz trefflich zeigt, ist durchaus nicht mit culpa dolo proxima zu identificiren.

Sehen wir nun vorerst von den as. in factum ab und schauen wir auf die Requisite der a. doli, so ergibt sich einmal schon aus den Quellenaussprüchen, dass stets streng auf dolus abgestellt und dem entsprechender Beweis gefordert wird: dolus et calliditas intercessit in fr. 47 de R. I. 50. 17[1]). — dolum ex insidiis (nicht indiciis) perspicuis probari convenit — calliditas, malitia, fallacia, machinatio ad decipiendum etc., a tutore colludente circumscriptus — crimen — decipiendi causa affirmare — callide — falso persuadere — maleficium — decipiendi causa dictum[2]). — Zur Vergleichung kann herbeigezogen werden der dolus malus der a. de servo corrupto in duplum: Wer calliditate, nicht wer sine dolo oder lusus gratia handelt, wird bestraft — der dolus malus des fälschlich Auctorirenden zu Schadenersatz Verpflichteten[3]). — der dolus in bonae f. Contracten; Schadenersatz mit a. emti wegen dolus des Verkäufers, Rescission wegen desselben: sciens furem aut noxium esse, obligatum aut alienum esse[4]), scientem reticere et decipere; fallendi causa obscure loqui, insidiose dissimulare, fraudibus non carere, fraudem vel dolum vel perperam, fraudulenta transactione et dolosis artibus, callide; dolus ex calliditate atque insidiis argui debet[5]). Ebenso ist deutlicher Beweis für Rescission eines Vergleichs wegen

---

[1]) Sehr beachtenswerth fr. 7 § 10 h. t. 4. 3: Ich gebe Jemandem den Rath, einem Andern zu creditiren; er thut es, dieser stellt sich nachträglich als insolvent heraus. Auf Grund dieses Thatbestands, der doch auf grober Nachlässigkeit meinerseits sehr gut beruhen kann, wollte der Prätor Caecidianus eine Klage nicht geben und Ulpian stimmt ihm bei, „denn nur bei Nachweis von magna und evidens calliditas dürfe überhaupt a. de dolo malo vom Prätor ertheilt werden." Cf. einen Fall bei Seuffert IV. 27, anders R. O. H. G. IX. 153 „das röm. Recht hätte a. in factum gegeben." (!) fr. 8 h. t.

[2]) c. 6 C. h. t. 2. 21. — fr. 1 pr. § 2, fr. 23. 5, cf. fr. 7 pr. h. t. — fr. 16 h. t. — fr. 18 § 3 h. t. — fr. 9 § 1 h. t. — fr. 25. 29. 37 h. t.

[3]) fr. 7 § 1 quod. falso tut. 27. 6.

[4]) fr. 4 pr., fr. 6 § 9, fr. 13 § 1, cf. fr. 30 § 1 de A. E. V. 19. 1.

[5]) fr. 13 pr., fr. 11 § 5 A. E. V. 19. 1. fr. 4 § 4 Aed. Ed. 21. 1. fr. 43 § 2 C. E. 18. 1. Consult. II. 6. c. 3 comm. utr. iud. 3. 38. Consult. IX. 9. c. 8 rescind. vend. 4. 44.

dolus gefordert, ebenso für Rescission eines Kaufs — evidentibus probationibus ostendere circumventam . . . . circumscriptam[1]).

Diese Stellen zeigen, dass zum Thatbestand der a. doli ein bestimmter dolus des Beklagten gefordert wird, und es mit dem Beweis desselben entsprechend den strengen Cautelen, unter denen sie gegeben wird, nicht leicht genommen wird.

Kann eine Gründung einer a. doli auf eine l. c. auch nur einen Schein für sich haben? Dies ist völlig undenkbar, sobald wir die l. c. als materiellen Begriff, als „grobe Nachlässigkeit“ annehmen. Die auf Schaden gelenkte positive Willensrichtung bringt mich, wenn verwirklicht, zum Beschädigten in Beziehung, sie schafft eine selbstständige Verpflichtung aus Delict. Die culpa ist ausser-contractlicher Verpflichtungsgrund nur in den Fällen der a. legis Aquiliae, dem engen Gebiet sichtbarer materieller Beschädigung äusserer Einzelgegenstände, nicht aber in Fällen der Vermögensbeschädigung überhaupt. Weitergehende Verhaftung wegen culpa setzt eine Verpflichtung zu diligentia voraus und diese ist für das ausser-contractliche Verhältniss, wo nicht ausdrücklich anders bestimmt ist, zu läugnen. Dies erstreckt sich aber auch auf l. c., deren Grundlage neglegentia ist. Wo dolus wegen seiner Vorsatznatur als Delict zu einem Anspruch berechtigt, da erscheint nun allerdings die „Kluft zwischen Vorsatz und Unvorsatz“ viel breiter als da, wo er nur ein in iudicium veniens in einem Verpflichtungsverhältniss ist. Hat hier eine Ausdehnung der Haftung in das Gebiet der Fahrlässigkeit ihre Berechtigung, weil die Grenzen von weniger Belang sind, so ist das dort nicht der Fall. Es wäre die Ausdehnung hier einfach Statuirung der rechtlichen Verpflichtung zu einer gewissen diligentia gegenüber Allen und Jedem in allen Verhältnissen, ein Zwang in Allem, was man thut, sobald nur die Rückwirkung desselben auf das Vermögen eines Dritten wohl möglich ist, zu achten, ob man damit nicht etwa anders handelt als „der gewöhnliche nicht gerade mit den Gaben des diligens pater familias ausgerüstete Durchschnittsmensch“ zu handeln pflegt. Drastisch schildert dies v. Ihering[2]): „eine unvorsichtige Aeusserung, die Mittheilung eines Gerüchts, einer falschen Nachricht, ein schlechter Rath, ein unbesonnenes Urtheil, die Empfehlung eines derselben nicht würdigen Dienstmädchens von Seite der frühern Dienstherrschaft, die von einem Vorüber-

---

[1]) c. 13 c. 22 C. de transact. 2. 4. c. 4 resc. vend. 4. 44. c. 6 sol. matr. 5. 18.

[2]) v. Ihering, Schadenersatz bei nichtigen Verträgen in dogm. Jahrb. IV. 12 in f. 13.

gehenden gebetene Auskunft über den Weg, die Zeit u. s. w.: kurz, Alles und Jedes würde bei vorhandener l. c. trotz aller bona fides zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichten, und die a. de dolo würde in einer solchen Ausdehnung zu einer wahren Geissel des Umgangs und des Verkehrs werden, alle Unbefangenheit der Conversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick."

Und, fassen wir die l. c. als materiell-rechtlichen Begriff, so würde man hier haften, weil man für das Interesse eines beliebigen Dritten, zu dem man in keinem rechtlichen Verhältniss steht, nicht positiv besorgt war: einen kleinen Mangel an Sorgfalt würde man dabei hingehen lassen, nicht aber einen grossen. Es ist klar, dass, sobald wir die l. c. so, auf die richtige Weise, auffassen, eine a. doli auf Grund derselben undenkbar ist.

Anders wird dies schon, wenn wir sie mit Mommsen als unentschuldbaren Irrthum des Beklagten, resp. ein sich-berufen-müssen desselben auf unentschuldbaren Irrthum, um dem Vorwurf des dolus zu entgehen, nehmen. „Denn der unentschuldbare Irrthum werde gleich Wissen behandelt; und ein solcher Irrthum werde nur dann angenommen, wenn dem Irrenden grobe Nachlässigkeit zur Last falle." Ist nämlich Beitr. I. 108 zwar der Begriff des nicht zu entschuldigenden Irrthums vermittelst des Begriffs der l. c. construirt, so ist in den „Beitr. zur Lehre von der culpa" gerade umgekehrt die l. c. auf dem Begriff des unentschuldbaren Irrthums aufgebaut und erklärt. Es ist aber schon oben[1]) der Nachweis versucht worden, es sei unrichtig, dass zwischen beiden diese strenge Reciprocität bestehe — wie ja auch der non iustus error nicht consequent auf dem Princip der Verschuldung aufgebaut sei — und vor Allem sei damit der Begriff der l. c. nicht richtig wiedergegeben; auch greife das Princip der Entschuldbarkeit vor Allem da nicht Platz, wo nicht der Irrende auf seinen Irrthum sich stützt, um einen Vortheil zu erlangen, sondern sein Gegner seinen Anspruch auf einen dolus desselben gründet, und ihm diesen nachweisen muss. So seien auch die bei Mommsen l. cit. 108 n. 6 aus dem Titel de iuris et facti ignorantia allegirten Stellen zu beschränken. — Wir werden sagen müssen: der auf grober Nachlässigkeit beruhende Irrthum berechtigt wie jeder andere Irrthum nicht zur a. doli mali, weil ein dolus nicht vorliegt; und ein Wissensollen oder

[1]) § 3 S. 14.

Wissenmüssen, als Vorwurf dem Nichtwissenden gemacht, ist nie einem dolus gleichgestellt[1]). Nun kann aber der Beweis des dolus als internen Vorgangs nur indirect erbracht werden durch concludente Thatsachen, welche auf ein Wissen schliessen lassen; schützt nun in einem Fall, wo diese aller Evidenz nach ein Wissen ergeben, der Beklagte ein Nichtwissen vor, das völlig unglaubhaft erscheint, so wird er nicht gehört, ein Wissenmüssen, so: „es ist unmöglich, dass er nicht wusste" — ein dolus desselben angenommen; nicht gesagt: „wäre das wahr, was Du behauptest, so läge doch diesem Nichtwissen eine l. c. zu Grunde, und desshalb haftest Du." — Der non probabilis, nicht wahrscheinliche Irrthum kann also wichtig werden für die practische Durchführung des Anspruchs; er ist aber so nur ein processualer Begriff, und wenn einmal im Process Jemand ungerecht seinetwegen verhaftet wird, so ist das eine Folge nicht theoretischer Ausdehnung einer Haftung ins Gebiet der Fahrlässigkeit, sondern davon, dass auch die beste Beweistheorie nie unfehlbar ist und in ihrer Durchführung auch einmal den Unschuldigen treffen kann.

Damit ist nun aber Mommsens unentschuldbarem Irrthum der angebliche unglaubhafte Irrthum substituirt; die l. c. findet in der That bei der a. doli keine Anwendung, mag man sie nun einfach als grobe Nachlässigkeit oder als Wissenmüssen in jenem ersten Sinn nehmen, vollends nicht, wenn sie, wie uns richtig scheint, als „äusserste Nachlässigkeit gegenüber der Verpflichtung, für fremdes Interesse zu sorgen" erscheint. Zur a. doli ist also materiell zu verlangen dolus des Beklagten, processual strenger Dolusbeweis.

Nun soll[2]) beim Thatbestand einer l. c. zwar die a. doli versagt, aber eine nicht infamirende in factum a. perpetua gegeben werden, in welcher statt des dolus die bona fides erwähnt ist. Wie gerade in der einzigen „Beweisstelle"[3]) eine l. c. des Beklagten konnte gefunden werden, ist freilich unerklärlich. Der dolus des Vindicanten, den Kauflustigen abzuschrecken, liegt doch klar zu Tage. Warum ist nun aber eine a. in factum und nicht eine a. doli gegeben? Schon die Glosse ist sehr erstaunt und construirt sich als Vindicant eine Respects-

---

[1]) cf. namentlich fr. 7 § 10. fr. 8 h. t. 4. 3.

[2]) v. S. 91 n. 2.

[3]) fr. 33 h. t. 4. 3. Ulpian: rei quam venalem possessor habebat, litem proprietatis adversarius movere coepit, et posteaquam opportunitatem emtoris, cui venumdari potuit, peremit, destitit; placuit, possessori hoc nomine actionem in factum cum sua indemnitate competere.

person (!). Offenbar[1]) aber wurde die a. doli von den classischen Juristen im System durch eine Reihe von as. in factum ergänzt; Motiv war vorab die Tendenz, die Straffolge der Infamie zu vermeiden; zulässig war die a. in factum immer; einzig ertheilt wurde sie vom Prätor in Fällen, wo die vorsätzliche Schadenszufügung auf ehrenwerthem Beweggrund beruhte, Infamirung daher unangemessen erschien[2]). Dabei ist scharfe Trennung der a. in factum ad similitudinem actionis de dolo von as. in factum zur Ergänzung anderer benannter Klagen kaum möglich; der Unterschied ist in den Quellen nicht immer beachtet. So ist einerseits die a. in factum wegen Befreiung des gefesselten Sklaven aus Mitleid an die a. de dolo, andrerseits an die a. l. Aquiliae angeschlossen[3]); dass dies nicht indifferent ist, ergiebt ein Hinweis auf den bei der lex Aquilia zur Anwendung kommenden Satz „lis infitiando crescit in duplum." Der Fall des § 16 I. cit. erweist sich aber als Dolusfall ohne gemeines Motiv und ist richtiger der a. de dolo anzuschliessen — und in dem etwa zur Vergleichung angeführten fr. 55 de A. R. D. 41. 1 (Befreiung eines im Netz gefangenen Ebers, Wegwerfen eines Bechers ins Meer) soll doch nur für das erste Beispiel die a. furti versagt werden, nach deren Statthaftigkeit gefragt ist (num tibi videor tuum aprum abstulisse?), weil eben kein „lucri faciendi gratia" vorliegt; und ähnlich ist wohl auch der zweite Fall zu nehmen[4]). Die Unterscheidung jener Institutionenstelle wird denn auch durch den Sprachgebrauch der Pandekten nicht bestätigt, a. in factum und a. utilis werden ununterschiedlich gebraucht, und die a. l. Aquiliae selbst ist etwa für Weiterbildungen über das ursprüngliche Gebiet des damnum corpore corpori datum hinaus gegeben, und neben ihr die a. in factum[5]). Jedenfalls ist man nie über das Moment der Schadenszufügung an einer körperlichen Sache hinaus bis zu einer allgemeinen Haftung wegen Vermögensbeschädigung gegangen[6]). Aus dieser Anwendung einer a. in factum, und daraus, dass auf Grund einer

---

[1]) So: Bekker, Aktionen II. 152. Pernice, Labeo II. 109 ff. 411.

[2]) cf. die oben citt. fr. 7 § 7 de dolo m. 4. 3. fr. 5 pr. servo corr. 11. 3. fr. 11 § 3 qd. f. tut. 27. 6.

[3]) Pernice II. 407. fr. 7 § 7 h. t. 4. 3. — § 16 I. ad l. Aq. 4. 3.

[4]) In fr. 14 § 2 praescr. v. 19. 5 ist er dem damnum iniuria datum angeschlossen.

[5]) fr. 27 § 21 h. t. 9. 2.

[6]) cf. fr. 14 praescr. v. 19. 5.

Abrede statt a. praescriptis verbis[1]) eine in factum a. wegen levis culpa, und in einem Einzelfall[2]) eine solche zur Ergänzung der a. ad exhibendum auf Entschädigung wegen l. c., und bei Vermächtnissen auf Entschädigung überhaupt — ohne auf die Imputation zu sehen — gegeben wird, ist ein Schluss auf die die a. de dolo ergänzende a. in factum nicht gestattet. Und in der That ist bei einer solchen weder je von l. c. gesprochen, noch die Klage auf Grund einer aussercontractlichen groben Nachlässigkeit gegeben[3]); denn da, wo die a. in factum neben dem dolus die l. c. ergreift, erscheint der Anspruch nicht mehr völlig als Delictsanspruch; die Schuld ist nicht mehr selbstständiges Delict, sondern modificirt die schon bestehende Verpflichtung, indem sich das betreffende Verhältniss der Vertragsnatur nähert oder die Haftung singulär bestimmt ist; und insofern wird es ohne Interesse, zu untersuchen, an welche Pönalklage sich diese specialen as. in factum anschliessen.

So ergibt auch die Untersuchung der der a. doli und der ihr angeschlossenen a. in factum zu Grunde liegenden Schuld nichts gegen die Behauptung, dass nur, wo die Verpflichtung, für das Interesse des andern Theils einzustehen, statuirt ist, regelmässig also nur im bestehenden Obligationsverhältniss, von l. c. die Rede ist.

β. Exceptio doli. Das Alter der exc. doli gegenüber der a. de dolo lässt sich aus dem vorhandenen Quellenmaterial kaum mit genügender Sicherheit feststellen. Richtig scheint die von Hänel[4]) vertretene Ansicht, wonach jedenfalls die clausula doli älter ist als Aquilius Gallus, während das Alter der exc. doli, ob seit oder vor demselben, zweifelhafter ist[5]). Für die as. bonae fidei gilt von jeher der Grundsatz, der später ausgedrückt wurde, „bonae fidei contractibus

---

[1]) fr. 23 praescr. v. 19. 5. Pernice l. cit. n. 5.

[2]) fr. 9 § 4 ad exhib. 10. 4.

[3]) Cf. die in factum a. in fr. 1 pr. § 4 ne vis fiat ei 43. 4. Si quis dolo malo fecerit.... in eum in factum iudicium dabo. § 4: si quis ideo possessione arcuerit, quia rem suam putabat, vel sibi esse nexam, vel certe non esse debitoris, consequens est, ut hoc Edicto non teneatur. Dass der Betreffende das nicht weiss, kann auf grober Nachlässigkeit beruhen; sobald er aber sein Nichtwissen glaubhaft machen kann, haftet er nicht; es wird Bewusstsein der Widerrechtlichkeit verlangt.

[4]) Hänel, Archiv für civ. Praxis XII. 408 ff.

[5]) cf. Burchardi, Wiedereinsetzung 290.

doli exceptio inest“, wie auch klageweise der dolus in ihnen konnte geltend gemacht werden. Bei der Stipulation konnte durch Aufnahme der clausula doli das Ziel erreicht werden, dass gegenüber der starren Verpflichtung streng nach Massgabe des äussern Wortlauts eine Berücksichtigung des wahren Sinnes möglich war, und so die a. ex stipulatu thatsächlich den Charakter eines bonae fidei iudicium erhielt. — Die exc. doli hatte schon früh einen weitern Dolusbegriff als die a. doli, indem sie neben Betrug auch metus aufnahm[1]). Doch ist der Zweck, wie ihn Paulus[2]) bezeichnet, derselbe wie bei der a. de dolo, „ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit“ und Ulpian[3]): „hanc exceptionem ex eadem causa propositam ex qua causa proposita est de dolo malo actio.“ Die Verwandtschaft zeigt sich auch in der Vermeidung derselben gegen klagende Respectspersonen; es wurde eine exc. in factum gegeben, denn der dolus brachte auch hier einen Vorwurf mit sich[4]) — und wie dort gegen den Erben die a. doli wurde hier dem Erben die exc. doli ertheilt. Eine exc. in factum war neben der exc. doli überall facultativ, doch findet sich bei dem Allen von Infamie bei exc. doli keine Spur, und wie viel schwächer jener Vorwurf des dolus hier als bei der a. de dolo ist, zeigt sich darin, dass diese versagt wird, so lange mit exc. doli das Ziel zu erreichen ist.

Diese sog. exc. doli specialis, repräsentirt durch das „si in ea re nihil dolo malo A. A. factum sit“, beschränkt sich streng auf die gezeichneten Fälle von dolus („dolus malus fit calliditate et fallacia“)[5]), während, theoretisch noch in Anlehnung an diesen dolus, thatsächlich aber mit Hintansetzung desselben, die Anwendung der exc. im Anschluss an das neque fiat als „exc. doli mali generalis“[6]) weit über ihr ursprüngliches Gebiet ausgedehnt wurde. Dies geschah nur allmählig, und so stellt sich schliesslich in der spätern classischen Jurisprudenz die Aufnahme der exc. doli in die Formel dar als Generalanweisung an den Richter, alle vom Beklagten irgendwie vorgebrachten Einreden zu berück-

---

1) fr. 4 § 33 h. t. 44. 4.
2) fr. 1 § 1 h. t. 44. 4.
3) fr. 2 pr. h. t. 44. 4.
4) fr. 4 § 16 h. t. 44. 4.
5) fr. 7 § 9 sq. de pactis 2. 14. Ich folge hier im Wesentl. Pernice.
6) Z. B. fr. 7 § 4 de pactis 2. 14.

sichtigen, ohne dass der Beklagte sie in iure zu nennen und in die Formel einzeln aufnehmen zu lassen braucht[1]). Wird auch die Vermittlung noch durch Construction auf einem dolus versucht, so zeigt doch schon das „dolo facit quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit — qui petit, quod redditurus est“[2]) — dass eigentlich massgebend nicht ist eine bewusste Rechtswidrigkeit oder auch nur eine Schuld des Klägers, sondern in erster Linie die objective Thatsache, dass der Beklagte selbst ein Recht hat, welches zu berücksichtigen richtig scheint, dass eine Verurtheilung desselben unbillig ist[3]). Geht doch selbst gegen den furiosus, bei dem von dolus keine Rede sein kann, die exc. doli[4]). Und zugleich hat die exc. doli die Funktion, bisweilen nur theilweise Realisirung des klägerischen Anspruchs zu bewirken, so bei der cumulativen Klagenconcurrenz.

Vom Erforderniss bewusster Rechtswidrigkeit ist hier durchweg keine Rede, und so hat in der That dieser dolus vom wahren nur noch den Namen[5]), Grundlage ist ein objectiver Thatbestand. So ist auch hier eine replicatio doli zulässig[6]), nicht aber gegen die exc. d. m. specialis. Denn diese stützt sich auf wirklichen dolus, und hier gelten die Regeln der Culpacompensation, speciell das „melior conditio possidentis“[7]). Für diesen dolus und den Beweis desselben ist auf das für die a. de dolo Gesagte zu verweisen. Vor Allem kann von einer zu Grunde liegenden l. c. nicht die Rede sein; für die exc. d. m. generalis aber fällt die culpa überhaupt nicht in Betracht.

γ. Der dolus bei Eingehung eines Bonae fidei Contracts lässt sich nun klarer erkennen. Er ist bewusste Erregung oder Benutzung eines fremden Irrthums, ob nun Begehren nach eigenem Nutzen oder fremdem Schaden das Motiv ist; dasselbe ist überhaupt für die Wirkung des dolus hier irrelevant. Dabei ist der dolus aber nicht für alle Verhältnisse derselbe; es kann hier ein Vorgehen eines Contrahenten als geschäftsmässig erlaubt erscheinen, welches

---

[1]) cf. die Aufzählung bei Hänel l. cit. 422.

[2]) fr. 36 de V. O. 45. 1. fr. 42 de R. I. 50. 17.

[3]) Z. B. Retention für Impensen auch des malae fidei possessor wegen Erbschaftsklage: Pernice l. cit. II. 122. Wäre der dolus streng genommen, so träte Doluscompensation ein.

[4]) fr. 16 h. t. 44. 4.

[5]) In fr. 2 § 5 h. t. 44. 4. cf. Pernice l. cit. 119, dem ich hier durchweg folge.

[6]) fr. 35 de pactis 2. 14.

[7]) fr. 4 § 13 de d. m. exc. 44. 4.

dort unerlaubt ist und den Vorwurf des dolus begründet; es ist klar, dass der Mandant, der Vormund, der negotiorum gestor seinem Mitcontrahenten gegenüber eine durchaus andere Stellung einzunehmen hat, als der Verkäufer, Vermiether, dem Käufer, Miether gegenüber. Die Uebervortheilung im Preis, die hier erlaubt ist, wenn sie nicht geradezu auf absichtlich hervorgerufenem Irrthum über den objectiven Werth beruht, ist dort dolus[1]), wie auch die bona fides in den verschiedenen Verhältnissen einen verschiedenen Begriffsumfang hat.

Sehen wir ab von der alten Theorie, dolus in contrahendo mache entweder stets oder als causam dans ipso iure nichtig, welche schon wegen ihres Widerspruchs zur Thatsache, dass die exc. doli in personam scripta ist, sich als unhaltbar erweist[2]), so ergibt sich aus den Quellen vorerst allgemein der Satz, dass der Contrahent, welchen der dolus traf, wenn er aus diesem Contract beklagt wird, durch den Einwand des klägerischen dolus sicher ist. Er kann aber auch, gestützt auf diesen dolus, wenn der Vertrag nicht aus andern Gründen nichtig war, positiv Schadenersatz verlangen, und zwar, eben weil der Vertrag nicht nichtig ist, mit der Contractsklage. Der Ersatz kann nun enger oder weiter sein; eine nicht ursprüngliche Funktion der Klage aber, sondern später ausgebildet, ist, dass mit ihr unter Umständen geradezu völlige Rescission des Vertrags und Wiederherstellung des frühern Zustandes kann verlangt werden.

Wie dieser dolus aufgefasst wird, geht aus den bei der a. doli angeführten Citaten, die beliebig vermehrt werden könnten, zur Genüge hervor[3]). Es wird Betrugsdolus gefordert, und es ist festzuhalten, dass hier ganz wie bei dolus im Contractsverhältniss, vor Allem aber auch wie bei a. und exc. doli alle Folgen sich als Folgen des dolus, nicht aber des dadurch hervorgerufenen Irrthums darstellen; dieser kommt einzig negativ in Betracht.

Wichtig wird diese Wirkung nicht nur bei den dicta promissa, dem positiven Lügen, sondern auch beim dolosen Verschweigen, Bemänteln von Thatsachen. Ueberall ist aber das dem dolus zu Grunde liegende Motiv sowohl für die Bezeichnung wie die Wirkung als dolus völlig irrelevant. Nur „dass der Gegner

---

[1]) v. Ihering im Urtheil über Lucca-Pistoja Aktienstreit § 9. Verm. Schriften 263 ff. Ebenso im Resultat, obschon scheinbar polemisirend, Hesse, Civ. Arch. 61. 240 ff.

[2]) Burchardi, Wiedereinsetz. 317 ff. Vangerow, Pand. III. 605 a. 1 2.

[3]) Cf. die Citate bei Burchardi l. cit.

wissentlich die Wahrheit entstellt oder verschwiegen habe", hat der sich auf den dolus Berufende zu beweisen[1]). Und zwar ist nicht eine Verpflichtung des Dolosen zu diligentia Grund dieser Wirkung; nicht: er hat positiv für das Interesse des Gegners zu sorgen; sondern ein Delict: er darf — negativ — nicht den Gegner durch wissentliche Unterdrückung, Entstellung der Wahrheit, bei der er interessirt ist (dies involvirt nicht nothwendig eigenen vermögensrechtlichen Vortheil), zum Eingehen eines demselben nachtheiligen Geschäftes bestimmen.

Ueber dies Wissen darf aber nicht in das Gebiet des Nichtwissens hinausgegangen werden. Denn das hiesse auch hier wieder eine Verpflichtung zu diligentia statuiren. Eine Ausdehnung auf eine l. c. ist unmöglich, sobald diese als materieller Begriff genommen wird. Baut man sie aber auf dem unentschuldbaren Irrthum auf (wie Mommsen), so hält man allerdings fest, dass principiell dolus gefordert wird, erleichtert aber dem Kläger den Dolusbeweis ganz ebenso wie bei der a. doli auf eine Art, welche den Aussprüchen der Quellen nicht conform ist. Sobald man hingegen an die Stelle eines unentschuldbaren den unglaubhaften angeblichen Irrthum setzt, wird das Verhältniss wieder richtig: A sucht den dolus des B aus concludenten Thatsachen zu beweisen; B behauptet dagegen ein Nichtwissen ohne weitere Angabe eines Grundes oder gestützt auf solche Gründe, welche durchaus unglaubhaft erscheinen: hier wird bei hoher Wahrscheinlichkeit des von A geführten Beweises der dolus als bewiesen angenommen; aber nicht auf dem Umweg, dass, wenn kein dolus, so doch ein Irrthum vorliege, der unentschuldbar, also gleich Wissen sei. Der unglaubhafte angebliche Irrthum hat aber eben mit l. c. nichts zu thun.

δ. Die in integrum restitutio propter dolum fordert ähnlichen Nachweis von dolus[2]).

Resultat: bei a. doli, exc. doli specialis und dolus bei Eingehung von bonae fidei Contracten kommt eine l. c. nicht in Betracht. Der Beweis des dolus kann

---

[1]) v. Ihering, l. cit. 285. Anders Goldschmidt zum Lucca-Pistoja-Streit „aus dem wissentlichen Verschweigen erheblicher Umstände kann auf dolus geschlossen werden, es ist aber nicht nothwendig dolus", und „der wegen dolus Rescission, Schadenersatz Verlangende hat zu beweisen, dass er den Vertrag nicht würde abgeschlossen haben, wenn er gewusst hätte."

[2]) Sintenis, Civilrecht I. p. 375.

als Indicienbeweis erfolgen; die allegirten Thatsachen müssen direct: ein Wissen, oder indirect: die Unglaublichkeit eines Nichtwissens ergeben.

b. Pactum ne dolus praestetur, sog. Culpacompensation, iuramentum in litem und dolo desinere possidere. Regress unter Solidarschuldnern, Versagen der actio furti bei inhonesta causa, der Restitution des minor bei dolus. Infamie bei Contracten nicht Folge von dolus, sondern von durch Urtheil constatirter fides fracta. Infamie des removirten tutor.

§ 12.

α. Der Satz, dass die Prästation von dolus im ganzen Verkehrsrecht durch Autonomie der Parteien nicht könne ausgeschlossen werden, ist kein ursprünglicher; das prätorische Edict erwähnt ihn nicht: es verwirft die pacta, bei deren Eingehung Betrug und sonstiger dolus[1]) vorwaltet, und die pacta, welche Gesetzen, Plebisciten etc.[2]) zuwiderlaufen. Die Unwirksamkeit des pactum ne dolus praestetur hat sich erst durch die Praxis dieses Edicts angeschlossen, wie so manche ähnliche Ausdehnung; Ulpian schreibt ihre Begründung dem Celsus zu[3]) und erwähnt, in seiner Zeit sei dies allgemeine Rechtsansicht. Dass es nicht als selbstverständlich angesehen wird, zeigt sich in der häufigen Betonung in Anwendung auf Einzelfälle[4]). Die Entstehung dieses Satzes steht offenbar im Zusammenhang mit dem Schutz gegen dolus im ganzen Civilrecht, mit der a. doli: der dolus ist allgemein causa obligationis, seine Bestrafung liegt im öffentlichen Interesse. Es ist bezeichnend, dass Ulpian die Ungiltigkeit des pactum ne dolus praestetur zusammen aufführt mit dem vertraglichen vorgängigen Verzicht auf zwei Privatpönalklagen, a. furti und a. iniuriarum; von diesen sagt er „turpem causam continent“ und der Grund der Nichtbeachtung dieses pactum

---

[1]) inest enim dolo et fraus: fr. 7 § 10 in f. de pactis 2. 14.

[2]) pactum a iure communi remotum servari non oportet: fr. 7 § 16 h. t. 2. 14. „ius quod privatorum pactis mutari nequit.“

[3]) fr. 23 R. I. 50. 17.

[4]) fr. 17 pr. comm. 13. 6. fr. 1 § 7 depos. 16. 3. Vgl. den Erlass im Testament fr. 119 leg. I. fr. 72 § 3 cond. 35. 1. cf. fr. 6 § 9 A. E. V. 19. 1. fr. 11 §§ 15. 18. ib. fr. 14 § 9 Aed. Ed. 21. 1.

ist „expedit timere furti vel iniuriarum poenam“ [1]); anderswo [2]) ist als Grund angegeben „haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est.“ Jener Satz bildete sich wohl für das einzelne Verhältniss einzeln aus mit der Entwicklung der Lehre von der Culpaprästation überhaupt, und war nicht von Anfang an durchschlagende Regel (cf. in commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est) [3]). — Zur Vergleichung können einige Fälle dienen, in welchen die Modificirung der gesetzlich bestimmten Haftung durch Privatdisposition nicht vom Einstehen für dolus befreit. Lehnt der Verkäufer die Verantwortlichkeit für einen bestimmten Mangel des Kaufobjects ab, übernimmt aber die Haftung für sonstige Tauglichkeit, so bleibt es bei diesem Abkommen „nisi sciens consulto morbum reticuit“ [4]). Ebenso bei der Haftung für Eviction: hat der Verkäufer dieselbe wegbedungen, so haftet er doch, wenn er „sciens obligatum aut alienum vendidit.“ Hier ist Prästation von dolus nicht ausdrücklich, aber doch implicite ausgeschlossen, und auch dies hat keine Wirkung.

Als turpe und contra bonos mores erscheint das pactum ne dolus praestetur doch nur desshalb, weil es den Verzichtenden völlig der Willkür des andern Paciscenten Preis gibt und dem dolus des letztern Thür und Thor öffnet, während ja der dolus seit der a. doli allgemeiner Haftungsgrund sein soll. Die Rechtsordnung hat ein Interesse daran, dass nicht auf diese Weise dolus befördert werde, und so ist das Haftungsprincip ein zwingendes, das nicht durch Privatvereinbarung verändert werden kann. Den dolus praeteritus, dessen Umfang und Tragweite er kennt, mag der Geschädigte nachlassen; dies ist erlaubter Verzicht auf einen entstandenen Anspruch; aber er soll nicht dem Gegner erlauben, ihn nach Belieben zu schädigen.

Trifft dies nun auch für die l. c. zu? d. h. steht sie auch in dieser Beziehung dem dolus gleich, so dass also auch ein pactum, es solle nur dolus, nicht l. c. prästirt werden, ungiltig wäre? Dies wird wichtig für das bestehende Verpflichtungsverhältniss. Denn nur in diesem ist l. c. Haftungsgrund; ein Ausschluss von l. c. ausserhalb desselben besagt Nichts, so wenig wie der Ausschluss jeder

---

[1]) fr. 27 §§ 3. 4. pactis 2. 14.

[2]) fr. 1 § 7 depos. 16. 3.

[3]) Paulus in fr. 17 pr. comm. 13. 6.

[4]) fr. 14 § 19 Aed. Ed. 21. 1.

den Gegensatz zu diligentia bildenden culpa; eine Haftung für aquilische culpa kann natürlich nicht von vornherein abbedungen werden. So kommt auch namentlich im angeführten Fall, wo der Verkäufer den Mangel wissentlich verschwiegen hat, die Frage nicht in Betracht: der Betrug ist Haftungsgrund. Wichtig ist, vor Allem für diejenigen bestehenden Verpflichtungsverhältnisse ihre Lösung zu kennen, welche nur dolus und l. c. prästiren lassen. Die Quellen geben uns keine Auskunft; dass der berüchtigte Satz des fr. 27 § 3 de pactis 2. 14 auf l. c. zu deuten sei, ist doch zum Mindesten recht zweifelhaft; Schwierigkeiten erregt fr. 1 §§ 9. 10 dep. 16. 3 (Ulp.): wird ein Sklave in eine Stampfmühle gegeben[1]), so ist die Haftung des Müllers verschieden, je nachdem sich das Verhältniss als locatio conductio oder depositum darstellt; in letzterm Fall haftet er für dolus dumtaxat. Doch ist vorerst auf die Abrede oder die vom Müller ein für allemal einseitig aufgestellten Vertragsbedingungen (Reglement) zu sehen, doch ist festzuhalten „et si quid fuerit proscriptum, dolum tamen eos praestituros, qui receperunt, qui solus in depositum venit.“ Nun wird aber im depositum auch für l. c. gehaftet, und diese ist, wo in diesem Zusammenhang dolus gebraucht wird, oft inbegriffen: sollte dies hier auch der Fall sein, die Ausschliessung der Haftung für l. c. durch Reglement (und Vertrag) also nicht möglich sein? Doch ist von ausdrücklichem Ausschluss der Haftung für l. c. nicht die Rede; auch lässt sich die Stelle wohl erklären, dass in diesem Fall nur dolus in depositum venit. Oder es ist an die nur dolus malus erwähnende a. dep. in factum zu denken.

Der Satz steht fest, dass innerhalb des Gebiets der culpa die Haftung durch den Parteiwillen beliebig beschränkt werden kann, wenn nicht der gesetzliche Massstab als unabänderlich fester aufgestellt ist[2]); dies ist nur der Fall, wo öffentliches Interesse mit ins Spiel kommt. Wo die Disposition vorbehalten ist, müssen wir aber wohl die l. c., wie wir es überhaupt begrifflich thun, zur culpa schlagen. Der Grund, der sich für ihre „Gleichstellung“ in den ausgeführten Verhältnissen ergeben hat, greift hier nicht Platz. Charakterisirt sie sich als Ausdehnung der ursprünglich auf dolus beschränkten Haftung ins Gebiet

---

[1]) Strafe für Unbotmässige cf. c. 3 C. Theod. 9. 40. So schon bei Plautus Pers. 3. 3. 15 u. öfters. Terenz Andr. 1. 2. 28.

[2]) So in fr. 5 § 7 de admin. 26. 7.

der culpa einmal im Interesse des Gläubigers, dann weil, wo die Schuld als obligationsmodificirend erscheint, die strenge Scheidung nicht so geboten ist, wie da, wo gerade Wissen und Wollen des Unrechts oder unrechten Erfolgs die Obligation erzeugt, so greifen diese Gründe hier nicht Platz. Dass nicht alle Haftung von vornherein soll ausgeschlossen werden können, und dass dolus im ganzen Civilrecht prästirt wird, hängt eng zusammen; der Grund liegt im Delictscharakter des dolus, man soll sich nicht durch solche pacta hilflos der Willkühr des Andern preisgeben: „non hoc consequitur, ut ne, quod apud eum sit, reddat, et lucrifaciat, sed ne scrupulosa inquisitio fiat; hoc est, ut neglegentiae ratio non habeatur, sed tantum fraudum.“ [1]) Das pactum ne dolus praestetur ist a re privata remotum; es lässt sich für dasselbe gebrauchen der oben in anderm Zusammenhang aufgeführte Satz „expedit enim timere.“ Bei der l. c. hingegen überwiegt das öffentliche Interesse das Recht der Parteien, ihre Haftung selbst zu bestimmen, keineswegs. Die l. c. erscheint, wo der Anspruch auf Delict basirt, dem dolus aus guten Gründen nie principiell gleichgestellt, weil sie hier so durchaus nichts mit ihm gemein hat: Vorsatz und Nichtvorsatz sind hier durch eine weite Kluft getrennt. Rechtspolitische Gründe aber, welche die Rechtsordnung bestimmen könnten, eine vertragliche Ausschliessung von l. c. nicht anzuerkennen, sondern im Verpflichtungsverhältniss ihre Prästation als feste neben die von dolus zu setzen, (wie neuere Codificationen [2]) dies gethan haben), erwähnt das römische Recht nirgends: wenn die Unmöglichkeit eines solchen Ausschlusses vielfach ausgesprochen wird [3]), so geschieht dies (allerdings von mannigfach verschiedenen Erklärungen des Begriffs der l. c. aus), nur gestützt auf die vereinzelten scheinbar allgemein redenden Stellen. Wir müssen sagen: die Ungiltigkeit des pactum ne dolus praestetur ist Straffolge, und die l. c. hat an sich keine Straffolgen. Als pactum turpe kann uns aber ein pactum ne l. c. praestetur nicht erscheinen. Wenn eingewendet wird, dass

---

[1]) fr. 119 leg. I.

[2]) So Schweiz. Obl. R. 114. 1.

[3]) Z. B. R. O. H. G. 12. Mai 1871 II. 293 mit Berufung auf Windscheid, Pand. § 346, Note 2, § 365 n. 6. Goldschmidt in Ztschr. für H. R. IV. 580 n. 2 gibt zu, dass dies aus den römischen Quellen nicht streng beweisbar ist. Mommsen, Beitr. III. 395 meint, l. c. könne nie im Voraus erlassen werden. Hasse § 90. Ebenso Löhr für bonae fid. Obl. von seinem Begriff der l. c. als „wissentl. Unterlassen“ aus, Magazin IV. 472 ff.

dies den Gegencontrahenten zu absoluter Sorglosigkeit und Unbekümmertheit führen werde und doch gerade, wo es sich darum handle, die Berechtigung der Gleichstellung nachzuweisen, gesagt werde, jene sei beinahe eben so schlimm wie dolus, so lässt sich doch entgegnen, dass diese „affectata neglegentia" in vielen Fällen als dolus optima forma erscheinen wird, weil ihm das Moment des ignorare fehlt. Wird aber durch eine wirkliche l. c. der Gegenpaciscent geschädigt, so hat er sich das eben so gut zuzuschreiben, wie, wo er die Haftung für levis culpa ausschloss. Die l. c. darf uns doch, weil in einigen Verpflichtungsverhältnissen die Praxis die Haftung von dolus auf l. c. ausgedehnt hat, nicht als etwas im Verkehrsrecht dem Dolusbegriff Immanentes erscheinen, so dass wir hier einen begrifflich völlig andern dolus als anderswo hätten. Es wird regelmässig hier die Haftung für dolus die für l. c. so nach sich ziehen, dass das pactum ne dolus praestetur, weil total ungiltig, die ganze gesetzliche Haftung bestehen lässt; ein ausdrückliches pactum ne l. c. praestetur aber hat zur Folge, dass aus der Schuld des B A einen Anspruch nur dann entnehmen kann, wenn sie sich als directe vorsätzliche Verletzung der Verpflichtung darstellt, während für alle und jede neglegentia (wie das fr. 119 leg. I. cit. ausspricht) B nicht haften soll[1]). So können wir den Satz, dass für (dolus und) l. c. im Obligationenverhältniss nie nicht gehaftet wird, was letztere betrifft, nicht anerkennen[2]).

---

[1]) Für Ausschliessbarkeit sind Wächter, Würtemb. Privatr. II. § 112 n. 19. Unger, Oester. Privatr. 102 n. 21. Hesse, l. cit. p. 252. Pernice, Labeo II. 425 f.

[2]) Es ist damit nicht gesagt, dass dieser Grundsatz der richtige sei. Namentlich für Fälle, wo der ausdrückliche vertragliche Ausschluss verdunkelt ist durch die gewohnheitsmässige Aufnahme solcher Clauseln z. B. in Reglementen, Frachtbriefen etc. wird es sich entschieden empfehlen, das Erforderniss des Vertrags streng zu betonen und hier gesetzlich schärfere Bestimmungen aufzustellen. Es soll nur darauf hingewiesen werden, dass, in Ermangelung solcher, es nicht angeht, diese Ausdehnung, welche z. B. für Haftpflicht der Eisenbahnen (Goldschmidt l. cit.) allgemein anerkannt ist, aus Grundsätzen des röm. Rechts zu begründen. Von der Basis des wirklichen diesbezüglich abgeschlossenen Vertrags aus sind im Hinblick auf die gewährte Vertragsfreiheit gewiss richtig die Worte des Richters Parke (Goldschmidt cit. p. 618): „we ought not to fritter away the meaning of contracts merely for the purpose of making men careful. That is a matter that we are not bound (right!) to correct. The legislature may, if they please, put a stop to contracts of this kind, but we have nothing to do with them except to interpret them when they are made." Eine bevormundende Gesetzgebung wird gerne den Ausschluss des pactum ne l. c. praestetur aufnehmen.

β. Culpacompensation[1]). Das Princip der sog. Culpacompensation beruht, wie von Pernice und v. Bar überzeugend dargethan wird, nicht auf Billigkeitsgründen, noch auf fingirter Einwilligung des Culposen, die Folgen seiner culpa zu tragen, sondern darauf, dass diese culpa als ein regelwidriges Ereigniss den Causalzusammenhang unterbricht und der zuletzt Thätige verantwortlich ist. Wo aber der Beschädigende in dolo ist, greift diese Folge einer culpa des Beschädigten nicht Platz; der Satz „quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire" erleidet eine Ausnahme: es ist dies eine Straffolge des dolus[2]). Die Verpflichtung wegen dolus soll eben eine absolute sein. — In dieser Beziehung l. c. dem dolus gleich- und einer levis culpa entgegenzusetzen kann nicht richtig sein: so vor Allem die Compensation nicht zuzulassen, wenn der Beschädiger grobfahrlässig, der Beschädigte leicht fahrlässig gehandelt hat[3]); andrerseits dolos angestifteten Schaden nicht zu berücksichtigen, wenn die nicht erfolgte Vermeidung desselben in l. c. (für dolus ist es richtig!) des Beschädigten ihren Grund hat, wie dies Mommsen[4]) will. Das römische Recht hat den Satz, dass gegen die exc. doli specialis eine replicatio doli nicht gegeben wird: keiner von beiden soll aus dem Delict des Andern einen Anspruch herleiten, und generell: gegenseitig begangene unerlaubte Handlungen in derselben Richtung auf denselben Gegenstand heben einander insofern auf, als dem Anspruch Erhebenden seine eigene Handlungsweise kann entgegengesetzt werden[5]).

Dass dies die Ansicht der Quellen ist, zeigt deutlich fr. 154 R. I. 50. 17. „cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor .... neque enim datur talis replicatio petitori: aut si rei quoque in ea re dolo actum sit ... Illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam non incidit." (Ulp.) Eine Ausdehnung auf l. c. ist bei diesen Ausdrücken geradezu unmöglich! (cf. communis malitia, perfide

---

[1]) v. Bar, Lehre vom Causalzusammenhang § 4 p. 27. 131. id. in Grünhuts Ztschr. IV. § 7. Pernice, Sachbeschädigung 59. 60. 178 ff. Doch wieder id. Labeo II. 36 ff. besonders n. 17 „dass es sich um Unterbrechung des Causalzusammenhangs handelt, trifft für die Mehrzahl der Fälle nicht zu." cf. p. 41.

[2]) cf. fr. 1 § 14 de tutelae 27. 3. „proprii delicti poena = maleficium."

[3]) So schon der alte Celsus Bargalius 562.

[4]) Mommsen I. 108.

[5]) Sintenis, Civilr. II. § 100 p. 320.

gestum[1])). Das von Mommsen allegirte fr. 45 C. E. 18. 1 redet allgemein von ignorantia gegenüber der scientia und enthält durchaus keinen Anhalt dafür, die ignorantia des Käufers dürfe nur auf levis culpa beruhen. Wie es bei scientia des Verkäufers, und nur bei dieser, denselben zum Ersatz des mittelbaren Schadens verpflichtet, bei ignorantia aber nur ipsius rei nomine, so ist auch die ignorantia des Käufers zu nehmen. So ist die ganze Reihe der Combinationen: Nichtwissen und Nichtwissen, Nichtwissen und Wissen, Wissen und Wissen ausführlich abgehandelt von Paulus in fr. 57 C. E. 18. 1. Eine l. c. als unentschuldbarer Irrthum wird nirgends erwähnt; nur si uterque sciebat, tritt die Compensation des dolus ein. — Bei den zwei as. de dolo, die sich in fr. 36 de dolo 4. 3 gegenüber stehen, ist eine Beschränkung auf dolus klar. So finden wir auch deutlich „conscium esse fraudis“ und „dolus communis“[2]), gemeinsam verübte Betrügerei gefordert; letztere Stelle lässt sich nicht beziehen auf den Fall einer durch dolus des contutor hervorgerufenen l. c. des tutor. — Die Frage: „soll die Gedankenlosigkeit des Gegners die Haftung für dolus ausschliessen?“, oder, wie v. Ihering[3]) für den Fall des Betrugs prägnanter formulirt: „soll der Betrüger dem Betrogenen daraus einen Vorwurf machen, dass er ihn für einen ehrlichen Mann gehalten hat, während er ihn für einen Betrüger hätte halten sollen?“ ist in dem bei v. Ihering, Verm. Schr. 295 citirten Urtheil für Fälle des Betrugs richtig aus dem Gesichtspunkt verneint, dass der Grund für die dem Betrogenen gewährte Hilfe nicht in seinem Irrthum, sondern in der

---

[1]) fr. 4 § 13 exc. doli 44. 4.

[2]) fr. 30 neg. gest. 3. 5. — fr. 1 § 14 tut. rat. 27. 3. Demelius in dogm. Jahrb. XI. 72 ff.

[3]) v. Ihering, Lucca-Pistoja A.-Streit. v. Ihering, Schuldmoment, in Verm. Schr. 213. Die Frage von der Compensation von dolus und l. c. spielte eine grosse Rolle im Lucca-Pistoja-Aktienstreit. Dem dolus des Beklagten, welcher im Verschweigen und Bemänteln eines erheblichen Thatbestandes lag, wollte Goldschmidt, L. P. A. Str. I. p. 59 eine l. c., unentschuldbare Unkenntniss der Zeichner entgegen halten, dass sie versäumt hätten, sich durch Einsichtnahme der beim Beklagten im Wortlaut der grossherz. toscan. Dekrete aufliegenden Bedingungen der Concession resp. der Zinsgarantie, über Umfang und Sinn der Bedeutung des fragl. Satzes zu vergewissern, und dass sie „den Satz des europäischen Gewohnheitsrechtes, dass jede Concession einer Eisenbahn an Innehaltung einer bestimmten Baufrist gebunden ist, nicht gekannt hätten.“ Dagegen v. Ihering im Urtheil über L. P. A. Str. § 17, Verm. Schr. 294 ff., über den angeblichen Satz des Gewohnheitsrechts § 18.

Widerrechtlichkeit des Betrügers liege, und so die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums nicht in Betracht komme, wie denn auch die allegirten fr. 1 § 2 de eo per quem 2. 10, fr. 9 pr. de dolo 4. 3 eine culpa nicht erwähnen. Besonders in der ersteren Stelle wäre dies nöthig gewesen: versäumt Jemand, weil ihm ein Anderer dolos eine Schreckensbotschaft bringt, einen Termin, so hat er gegen diesen eine Klage ex dolo. Dabei wird die Meinung Einiger, er habe die Folgen seiner Leichtgläubigkeit selbst zu tragen, verworfen, nach einem allfälligen Grad der culpa aber weder von diesen quidam noch von Ulpian gefragt. — Ein Anderes ist es, wie schon oft betont, mit dem angeblichen, in Wahrheit ganz unglaubhaften Irrthum, dessen Behauptung von vornherein abgewiesen wird. Dass in fr. 43 § 1 C. E. 18. 1, fr. 14 § 10, fr. 55 in f. Aed. Ed. 21. 1 der Kläger, welcher sich auf dolus des Gegners berufen will, abgewiesen wird, hat seinen Grund nicht darin, dass ihm eine grobe Nachlässigkeit zur Last falle „er habe nicht aufgepasst“, sondern beruht darauf, dass bei diesen ganz offen liegenden Thatsachen Jedermann eine scientia, einen dolus des Klägers gleichzeitig und gegenüber dem dolus des Beklagten annehmen muss: also durch Vermittlung nicht einer l. c. (auch wenn diese alle und jede grobe Fahrlässigkeit bezeichnete), sondern eines, wenn man will, dolus praesumtus. Diese von Mommsen für seine Behauptung allegirten Stellen enthalten in der That nicht materielles, sondern processuales Recht und sprechen so gegen seine Construction; der Irrthum ist nicht unentschuldbar, sondern unglaubhaft; und darin liegt nicht das Wesen der l. c.

Der dolus, welcher so alle Schranken durchbricht und zu Ersatz des mittelbaren Schadens verpflichtet, ohne dass die dazwischengetretene culpa dagegen angerechnet wird, ist Delictsdolus, seine Folgen sind Straffolgen, und zwischen dem dolus im Contract und dem dolus des furtum, der a. de dolo etc. besteht hierin die grösste Analogie. Das Hinausgehen der Haftung über das gewöhnliche Mass der Verpflichtung und über die Beschränkung von tit. C. 7. 47 zu mittelbarem Interesse wird nicht bei grober Fahrlässigkeit eintreten, und, wenn bei dolus eingetreten, auch nur durch dolus des Gegners compensirt werden[1] [2].

---

[1]) Anders z. B. Keller, Pand. § 255 N. 5.

[2]) fr. 26 § 7 mand. 17. 1 lässt den Mandanten A dem Mandatar B haften für den ihm durch das Mandat entstandenen Schaden, ausser wo culpa von B vorliegt; es sei denn, dass A

Ebensowenig als der Satz, dolus compensire sich mit grober Nachlässigkeit, kann die Regel anerkannt werden, dass levis culpa des Beschädigten nicht Compensation der groben Nachlässigkeit des Beschädigers bewirken könne, weil ja dolus, das heisse „auch l. c.", nicht durch culpa, das heisse levis culpa, könne compensirt werden. Das „parem neglegentiam" des fr. 10 pr. comp. 16. 2 bezieht sich auf die Gleichheit des Schadens, nicht des Grades der neglegentia. Treten wir aber gar ins aussercontractliche Verhältniss, so wird die Unterscheidung zwischen einer levis culpa und einer angeblichen l. c. völlig fliessend. Und hier haben wir eine Gleichstellung von dolus und l. c. noch nirgends gefunden.

γ. Iusiurandum in litem und dolo desinere possidere. Gewöhnlich wird formulirt: Bei gewissen Klagansprüchen (as. bonae fidei und as. arbitrariae auf restituere und exhibere) kann der Berechtigte, falls sie durch dolus oder l. c. des Verpflichteten unerfüllt bleiben, den Schätzungseid schwören[1]). Dies scheint gegen die Behauptung zu sprechen, wo es sich um Straffolgen des dolus handle, sei grobe Nachlässigkeit diesem nicht gleichgestellt. Denn dem Kläger ist ja unbeschränktes Schwören möglich, und dies ist unzweifelhaft eine Strafe des Beklagten[2]). — Ich habe hier nicht auf genaue Begrenzung der Anwendungsfälle des iusiur. in litem und die mannigfachen Streitfragen über die Art der Anwendung desselben einzugehen[3]), noch den Fall der contumacia zu berücksichtigen, sondern nur zu fragen, ob dem Fall, dass wegen dolus der Verpflichtete nicht erfüllen kann, der Fall, dass er l. c. nicht erfüllen kann, durchweg gleichsteht? Undenkbar wäre es, wie Pernice[4]) bemerkt, nicht, dass eine Auffassung des iusiur. in litem als Executionsmittel auch aus Gründen der

---

dolos gehandelt hat: im gegebenen Beispiel die bösen Eigenschaften des zu kaufenden Sklaven wissentlich verschwiegen hat: hier Haftung auf vollen Ersatz, dort nur bis zum Belauf des Werths der Sache; hier keine Erwähnung einer groben Nachlässigkeit, die doch, wenn als Compensationsgrund anerkannt, sicher gerade, weil ein dolus des B in diesem Zusammenhange kaum vorkommen wird, erwähnenswerth gewesen wäre. Cf. fr. 9 § 4 ad l. Aquil. 9. 2.

[1]) Z. B. Windscheid I. (5) § 133 n. 15a. cf. Wetzell, Civilprocess § 28 Anm. 1. Glück XII. § 813 p. 405. Vangerow I. § 171.

[2]) fr. 1 fr. 2 § 1 h. t. 12. 3.

[3]) Cf. dazu Vangerow cit.

[4]) Pernice, Labeo II. 398.

Zweckmässigkeit einem schärfern Zwang hätte rufen können. Selbstverständlich aber ist dies nur von jener petitio principii aus, l. c. stehe dem dolus überall gleich, welche nicht kann anerkannt werden. Als allgemeine Regel ist es nirgends ausgesprochen, und c. 2 de in litem iur. 5. 53, welche dafür allegirt wird, erklärt es nur für einen Einzelfall. Dass hier (cf. oben S. 51) aus l. c. ein iusiur. in litem gegeben wird, erklärt Pernice l. cit. trefflich daraus: gegen den Vormund, der dolos kein Inventar errichtet hat, kann der Mündel sein Interesse eidlich schätzen, und bei Unterlassung der Errichtung wird stets ein dolus präsumirt, wenn gegen einen solchen nicht dringende Gründe sprechen. Aehnlich soll nun der Erbe des Vormunds haften, wenn er das Inventar nicht exhibirt; doch ist hier eine Ausscheidung der levis c. nöthig, weil der Erbe überhaupt nicht für dieselbe haftet, sondern, soweit er sich mit der Verwaltung befasst, nur für dolus und l. c., hier aber gleich wie der Vormund selbst. — Abgesehen von diesem Einzelfall müssen wir wohl auch auf die l. c. den Satz anwenden, welchen die Quellen oft betonen „ex culpa non esse iusiurandum deferendum, constat, sed aestimationem a iudice faciendam“[1]). Strafe eines Plus verdient nur die bewusste Rechtswidrigkeit, culpa hat einfachen Schadenersatz zur Folge. — So lässt sich auch nicht in Anwendung auf das iusiur. in litem sagen, dem dolo desinere possidere stehe gleich ein l. c. desinere possidere. Denn auch der Anspruch wegen dolo desinere possidere: die Haftung des malae fidei possessor, der im Bewusstsein, dass ihm die Sache nicht gehört, vor Erhebung des Processes sich des Besitzes entäussert, und in dinglichen Klagen die ähnliche Haftung desjenigen, qui liti se obtulit, ohne zu besitzen — gründet sich auf Delictsdolus. Als Strafforderung zeigt sich bei beiden der Anspruch vornehmlich darin, dass die Leistung des Interesses sich nicht als Abfindung des Klägers charakterisirt, der Beklagte also nicht vom Kläger Abtretung seiner Rechte verlangen kann. Auf eine grobe Nachlässigkeit ist die Haftung nirgends ausgedehnt; die l. c. finden wir nicht erwähnt. In fr. 9 § 4 ad exhib. 10. 4, in welchem Demelius[2]) eine l. c., also eine Gleichstellung von dolus und l. c., die aber nicht eine durchgängige sei, findet, ist eine l. c. nicht enthalten, sondern der dolus weit ausgedehnt; denn gegen den Usufructuar kann die Vindication

---

[1]) fr. 4 § 4 de in litem 12. 3.

[2]) Demelius, Exhibitionspflicht p. 194 ff.

nicht angestellt werden, gegen den Erben aber auch nicht, weil die Bedingung erst zu einer Zeit eintritt, wo er die Sache nicht mehr hat. Dagegen war nur durch Forderung einer Kaution vom Niessbraucher zu helfen; dass der Erbe sie nicht verlangt hat, obschon er das bedingte Legat kannte (welche rechtswidrige Handlungsweise nothwendig eine Schädigung des Legatars zur Folge haben muss) ist dolus, d. h. in diesem Vorwurf wird genügender Thatbestand für den Nachweis eines dolus gefunden. — Alle an eine Haftung wegen dolo desinere possidere angelehnten Fälle aber, bei welchen dem dolus eine l. c. in der Wirkung gleichgesetzt ist, lassen sich unter das gemeinsame Princip bringen, dass in ihnen der Charakter des Delictsanspruchs verwischt und die Forderung vielmehr auf Verletzung einer mehr oder weniger deutlich ausgebildeten Verpflichtung aufgebaut ist. Dies ist für das precarium, die Editionspflicht des Argentars, fr. 5 § 15 ut in poss. 36. 4 oben nachzuweisen versucht worden[1]).

δ. Versagen der Regressklage gegen die Solidarschuldner bei dolus des Bezahlenden[2]). Bei der passiven Solidarobligation werden durch Zahlung des einen Schuldners B die übrigen B′ befreit; B kann, um seinen Regress gegen sie zu nehmen, von A Cession der Klage verlangen, resp. eine utilis a.[3]) anstellen, ausgenommen im Fall des eigenen dolus. Als Grund dieser Ausnahme gibt fr. 1 § 14 tutelae 27. 3 (Solidarhaftung mehrerer Vormünder) an „quia proprii delicti poenam subit; . . . nec enim . . communicatio iusta damni ex maleficio est.“ Der dolus ist Grund der Ausschliessung des Regresses, diese ist Straffolge, und zwar wird dem Dolosen der Regress, nicht nur der Anspruch auf Cession der Klage versagt; sogar wenn B′ ebenfalls in dolo war, soll B keinen Anspruch gegen ihn haben, und B′, gegen welchen der Anspruch durch

---

[1]) § 5 b. § 6 c. γ. § 6 b. α. in f. Unrichtig ist nach Obigem auch die Behauptung von Mommsen, Beitr. I. p. 320, bei Unmöglichkeit, das indebite (resp. allgemein sine causa) Empfangene zurückzugeben und Nichtvorhandensein eines stellvertretenden commodum sei der Empfänger frei, ausser wenn jene Unmöglichkeit dolo oder l. c. herbeigeführt sei. Nur bei dolo desinere possidere tritt diese Straffolge ein. Die l. c. rangirt auch hier zur culpa cf. Savigny, Syst. IV. 63. fr. 65 § 8 cond. ind. 12. 6. fr. 26 § 12 eod.

[2]) Cf. Pernice II. 426. Unger, Oestr. Privatr. § 102 N. 21. Der bei ihm citirte Savigny, Obl. R. I. 250 ff. berührt diese Frage direct nicht. Gegen Unger Binding, Normen II. p. 308 oben an der Note.

[3]) in fr. 30 de neg. gest. 3. 5 eine unechte actio negot. gestorum.

Leistung des B consumirt ist, erfreut sich der melior conditio possidentis, ähnlich wie bei Ansprüchen aus gegenseitigem dolus. Die Theilung im internen Verhältniss kann für diesen Fall nicht einmal durch ein vorgängiges Uebereinkommen zwischen B und B', alle Auslagen, welche der Eine aus der Haftung im Solidarverhältniss gemacht hat, gemeinschaftlich zu tragen, bewirkt werden, denn dies wäre ein pactum ne dolus praestetur. — Ebenso wie die cit. Stelle, betont fr. 30 N. G. 3. 5, fr. 15 de tutelae 27. 3 den Charakter der Straffolge. Demnach erscheint für die Solidarhaftung in Vormundschaftsverhältnissen eine Ausdehnung jener Regel auf l. c. unstatthaft: es wird nicht bei Solidarhaftung dem Vormund, welcher wegen eigener grober Fahrlässigkeit das Ganze gezahlt hat, der Regress gegen seine Mitvormünder versagt. — Dasselbe muss aber für alle Fälle solidarischer Haftung in einem Verpflichtungsverhältniss gelten, z. B. wenn sich mit der Partialobligation Mehrerer in Bezug auf den Preis eine Solidarobligation auf Rückgabe verbindet[1]), beim depositum[2]), precarium, Commodat, Kauf etc., wenn Solidarität verabredet ist, ferner im gemeinen Recht für den Schadenersatz ex lege Aquilia[3]). Die a. pro socio resp. die utilis a. wird bei dolus als Strafe desselben versagt, bei culpa, auch wenn sich diese als grobe Fahrlässigkeit darstellt, nicht. Für diesen Fall muss also, wenn B dem A ex deposito ist verurtheilt worden, für das Verhältniss B : B' unterschieden werden, ob die Schuld des B, wegen deren die Haftung eintrat, dolus oder l. c. war; für A : B ist gleichgültig, welches die Schuld von B und B' war, nicht für B : B', indem, wenn B in dolo war, ihm der Regress gegen B' versagt wird. — Zwingende directe Quellenaussprüche, welche ausdrücklich eine l. c. erwähnen, stehen uns freilich nicht zu Gebote[4]). Aber es ist stets nur bei dolus, als Ausnahmefall von der Regel, der Regress verweigert, und Grund dieser Ausnahme und Inhalt dieses dolus sind so charakterisirt, dass eine Ausdehnung auf l. c. damit unvereinbar erscheint; wo der Gesichtspunkt der Strafe und des Delicts rein beibehalten ist, haben wir noch nirgends einen solchen Anspruch auf eine l. c. begründet gefunden; wo aber der Delictscharakter verwischt und die Haftung auf l. c. aus-

[1]) So die Wagenmiethe des fr. 5 § 15 commod. 13. 6.

[2]) fr. 1 § 43 depos. 16. 3.

[3]) Savigny, Obl. Recht I. 258.

[4]) Binding l. cit.

gedehnt ist, finden wir dies immer ausdrücklich erwähnt; die Strafe setzt mit wenigen Ausnahmen stets dolus voraus. So dürfen wir auch hier bei der ausdrücklichen Betonung des Strafcharakters eine Ausdehnung auf l. c. nicht annehmen.

ε. Wird dem, welcher auf Grund seiner Vertragsverpflichtung für furtum einzustehen hat, die a. furti wie bei dolus so auch bei l. c. versagt? Grundsatz ist: die a. furti steht dem zu, welcher durch das furtum in seinem Interesse verletzt ist. Dies kann auf dinglicher Berechtigung beruhen; so beim Eigenthümer, bonae fidei possessor, Pfandgläubiger Usufructuar, Usuar, Pächter für die nicht percipirten Früchte. Doch darf, wie das Recht überhaupt unsittliche Ansprüche nicht schützt, das Interesse nicht auf inhonesta causa beruhen: so wird namentlich dem die a. furti versagt, welcher die Sache bewusst gegen den Willen ihres Eigenthümers besitzt, dem fur und überhaupt dem malae f. possessor[1]; „nemo de improbitate sua consequitur actionem", also reine Straffolge. Der dominus hat hier unter Umständen zwei as. furti. Die Zuständigkeit kann ferner hervorgehen aus obligatorischem Grund: muss in einem Contractsverhältniss der Verpflichtete B dem Berechtigten A für fremdes furtum einstehen, weil es durch seine in diesem Verhältniss zu prästirende Schuld ermöglicht wurde, so hat A kein Interesse, zu seinem Geld zu kommen, sobald er durch B gedeckt ist, wohl aber B, welcher hat bezahlen müssen; er erhält die a. furti[2], A nicht. Auch hier aber darf das Interesse des B nicht auf inhonesta causa beruhen; sonst wird ihm die a. furti versagt und bleibt bei A; in Betracht kommt dabei wieder das furtum (Unterschlagung) durch B, dann überhaupt, dass im vorliegenden Fall B dem A wegen dolus haftbar wurde; stellte sich seine Schuld, wegen deren er Entschädigung leisten musste, nur als omissio diligentiae, custodiae dar, so hatte B, nicht A, die a. furti gegen C[3].

---

[1] fr. 12 § 1 fr. 76 § 1 h. t. 47. 2.

[2] Er erhält sie hier zu abgeleitetem Recht, oben kraft selbstständigen Rechts. Nur der Commodant kann seit Justinian zwischen a. commodati und a. furti wählen. c. ult. de furtis 6. 2. § 16 I. de o. quae qu. ex del. 4. 1.

[3] furtum durch B: fr. 14 § 4 fr. 71 pr. fr. 76 h. t. 47. 2. — cf. Hasse, Culpa cap. X. bes. § 83 am Anfang. fr. 14 h. t. 47. 2, bes. §§ 6. 10. 12. 17 gegen § 8. 9. Ebenso hat bei Insolvenz des B A die a. furti; A hat ein Interesse, weil er nicht durch B gedeckt ist, fr. 12 pr. fr. 14 § 17 h. t. 47. 2. Gaius III. 205. § 15 I. o. quae qu. ex del. 4. 1.

Würde B dem A überhaupt nur für dolus einzustehen haben, so könnte die Frage nach Zuständigkeit der a. furti gar nicht aufgeworfen werden, denn fällt B kein dolus zur Last, so haftet er A nicht, hat also kein Interesse; hat er aber einen dolus begangen und haftet, so beruht sein hier vorhandenes Interesse auf inhonesta causa, daher erhält er die a. furti nicht, B wird sie stets haben. — Wie verhält es sich nun mit der l. c.? Hat B, falls der Diebstahl durch seine Unaufmerksamkeit ermöglicht wurde, und er nun A ex contractu haftet, die a. furti nicht, sobald seine culpa sich als l. c. darstellt? so dass für die Frage, wem die a furti zustehe, wenn A durch B befriedigt worden ist, nicht nur unterschieden werden müsste, ob die ihn zu Ersatz verpflichtende Schuld in concr. dolus oder culpa, sondern auch, ob sie levis oder l. c. war? Dies wird in der That ziemlich allgemein angenommen; ja Hasse hat seine Untersuchungen über das Verhältniss von l. c. und c. in concr. geradezu auf dieser Prämisse aufgebaut[1]). fr. 14 § 11 h. t. 47. 2 zwar ist nicht beweiskräftig; dem Precarist ist die a. furti versagt nicht wegen seiner l. c., sondern weil keine Contractsobligation besteht; denn die Regel von der abgeleiteten a. furti greift ja nur bei diesen, nicht bei Quasicontracten u. dgl. Platz. Aber völlig indiscutabel schienen jenes Resultat drei Stellen zu machen[2]), welche dem Depositar rundweg die a. furti versagen, ausgenommen, wenn er für mehr als die gewöhnliche gesetzliche Haftung einstehe; denn, sagt eine derselben, er haftet entweder nicht und hat dann kein Interesse, oder er haftet, dann nur ex dolo, und sein dolus soll ihm nicht zur Quelle des Erwerbs einer a. furti werden. Man sagte nun: die l. c., welche ja der Depositar stets auch prästirt, ist nicht erwähnt; was von dolus gesagt ist, muss dem Zusammenhang nach auch für sie gelten; also behält bei l. c. des Depositars der Deponent die a. furti und B hat den Schaden zu tragen. Die l. c. ist causa inhonesta, nicht nur beim Depositum, sondern überall. — Diese Deduction scheint völlig logisch; auch auf eine a. depositi in factum concepta lassen sich jene Stellen schlechterdings nicht beschränken. Es würden demnach hier unzweifelhafte Straf- oder Delictsfolgen eines dolus gleichermassen bei l. c. eintreten;

---

[1]) Weil dem tutor und socius, welche für dil. quam suis haften, die a. furti nirgends gegeben werde und sie bei dolus = l. c. versagt sei, sei c. in concr. = l. c. cf. dazu Mommsen, Beitr. III. 384 ff. Der Grund ist ein anderer: cf. für tutor und curator fr. 85 h. t. 47. 2.

[2]) fr. 14 § 3 h. t. 47. 2. § 17 I. o. quae qu. ex del. 4. 1. fr. 2 § 24 vi ben. rapt. 47. 8.

unser Princip, dass in diesen Fällen die Gleichstellung cessirt, wäre also falsch. In der That steckt aber in jener Ausführung eine falsche Prämisse, die nothwendig zu falschem Resultat führt; die nämlich, dass bei der normalen gesetzlichen Haftung der Depositar ex l. c. für fremdes furtum verantwortlich sei. Für dolus haftet er natürlich immer, ohne zum Ersatz die a. furti zu erhalten; sonst aber hat er für fremdes furtum nicht einzustehen; darum heisst es: er erhält die a. furti nur bei weitergehender Haftung, sonst nicht: entweder hat er kein Interesse, weil er nicht haftet, oder er hat, weil er ex dolo haftet, kein anständiges Interesse. Der Beweis liegt in Folgendem: Der Depositar prästirt gesetzlich nicht custodia[1]). Was heisst „custodiam praestare?" Die technische Bedeutung des Wortes (bisweilen ist es auch untechnisch gebraucht), ist controvers, offenbar historisch wechselnd; sicher liegt in ihm eine weitgehende Pflicht, für richtige Bewahrung der Sache einzustehen (custodiam praesto = res periculo meo est), so dass zwar nicht für höhere Gewalt, Einbruchsdiebstahl, Raub etc., wohl aber für einfachen Diebstahl einzustehen ist, und zwar durchweg; mag man dies nun darauf gründen, dass man denselben stets für abwendbar hielt, oder dass die custodia von der culpa abstrahirt. Diese Bedeutung der custodia, wie sie schon von der Glosse und Cujaz, dann scharf von Löhr und mit Verfolgung der historischen Entwicklung von Pernice klargelegt wurde[2]), findet ihre Stütze in vielen Stellen, welche dem Bestohlenen die a. furti zusprechen, weil er custodia prästirt: da er demnach fürs furtum einstehen muss, hat er ein Interesse. Dies die positive Seite; aber wichtig wird vor Allem, dass die negative in gleicher Schärfe ausgesprochen ist: der Depositar prästirt nicht custodia, und gerade deshalb haftet er nicht für furtum (abgesehen natürlich vom Fall des dolus), hat also kein Interesse und deshalb keine a. furti: er bekommt sie nur, wenn er culpa versprochen oder ein Honorar erhalten, Vortheil gehabt hat[3]). In diesen Worten

---

[1]) fr. 1 § 12. 35 depos. 16. 3. fr. 39 mand. 17. 1. cf. fr. 7 § 15 pactis 2. 14. § 16 I. o. quae qu. ex del. 4. 1 (untechn. Sprachgebrauch in fr. 1 pr. § 9 depos. 16. 3).

[2]) Glosse ad fr. 36 § 1 naut. 4. 9. Cujaz ad Afr. VIII. ad fr. 21 comm. 13. 6. Löhr, Beitr. 103. 163 ff. Pernice l. cit II. 345 ff. — fr. 10 § 1 comm. 13. 6. fr. 5 § 15 ib. fr. 12 pr. fr. 14 § 15. 17. fr. 48 § 4 furtis 47. 2. § 16 I o. quae qu. ex del. 4. 1. § 3 I. emt. 3. 23.

[3]) Dies sagt richtig aufgefasst § 17 I. cit. 4. 1, unterstützt durch fr. 14 § 10. cf. § 15 furtis 47. 2.

zeigt sich uns der Grund der scharfen Durchführung des Satzes „is apud quem res deposita est, custodiam non praestat“ für den Normalfall: der Depositar hat vom Geschäft keinen Vortheil, es ist reines Gefälligkeitsverhältniss seinerseits, er handelt nur in fremdem Interesse; darum soll er nicht unter demselben Risico stehen, wie der Commodatar, welcher in eigenem Interesse die Sache detinirt; und während anderwärts die a. furti versagt wird, weil keine culpa vorliege (in Fällen, wo der Betreffende zwar nicht für custodia aber für culpa, welche das furtum ermöglichte, einstehen müsste), haben wir hier, bei der Normalhaftung im Depositum, aus dem genannten Grund (vielleicht auch, weil hier beim Eingreifen eines Andern das Verhältniss doch nicht völlig gleich zu liegen schien, wie bei Verlust, Verderbniss durch den Depositar selbst[1])) die scharfe Betonung der Negative: weil der Depositar nicht custodia prästirt, hat er nicht für fremdes furtum einzustehen, also auch nicht bei l. c. seinerseits; der Eigenthümer ist auf die a. furti angewiesen, der Depositar hat sie nicht, weil er kein Interesse hat. Anders natürlich bei weitergehender Haftung kraft Vertrag oder Gesetz (se offerre, Honorar); hier haftet er und hat also ein Interesse. — So lässt sich diesen Stellen keineswegs entnehmen, der ex l. c. Haftende habe die a. furti nicht: der Depositar steht eben auch bei l. c. nicht für furtum ein. Mit Wegfall dieses Anhalts fehlt jener Behauptung jede Stütze. Wir müssen vielmehr sagen, dass, wo der Contractsverpflichtete für fremdes furtum wegen eigener Schuld einstehen muss, die l. c. ist, er die a. furti erhält. Dass sie ihm bei dolus versagt wird, ist ein Ausnahmefall, eine Straffolge des dolus, wie dies die Quellen deutlich erkennen lassen. Dies nöthigt uns, die l. c. nicht die Folgen des dolus theilen zu lassen; im Satz, dass der ex culpa Haftende die a. furti hat, ist auch der Fall der l. c. mitenthalten.

ζ. Versagen der in integrum restitutio minorum bei dolus. Die Restitution wird allgemein versagt gegen die Folgen eines Delicts und eines dolus überhaupt. Für die restitutio minorum spricht dies aus fr. 9 § 2 de minor. 4. 4; es leitet den Satz, dass, wenn der minor z. B. im Depositum oder Commodat, oder irgend einem andern Contract dolos gehandelt habe, er gegen die Folgen nicht restituirt werde, daraus ab, dass er gegen Delicte nicht restituirt werde; bezüglich dieser lässt ihm fr. 9 §§ 2. 5 h. t. 4. 4 nur bei doloser Begehung die

[1]) Dazu konnte die „bona fides“ in der intentio der form. depos. in ius concepta führen.

Restitution versagt sein[1]). Diese strenge Zurückführung auf den Satz, dass gegen dolose Delicte nicht restituirt werde, lässt eine Restitution bei l. c. als zulässig erscheinen: im Delict sind Vorsatz und Nichtvorsatz scharf geschieden; zu letzterm rangirt Alles, was nicht dolus ist, auch eine noch so grobe Fahrlässigkeit.

η. Die Infamie bei mandatum, societas, depositum, tutela. Rechnet man die Infamie zu den öffentlichen Strafen, so liegt die Meinung nahe, dass sie, wie principiell die öffentlichen Strafen, nur bei Delict, bei dolus eintrete. Dies ist denn auch mannigfach für die Fälle der inf. mediata, welche hier einzig in Betracht kommt, behauptet worden. Gegenüber dem Wortlaut der Quellen, die Verurtheilung aus Mandat, societas, depositum, tutela, früher noch fiducia, habe Infamie zur Folge, wurde restrictive behauptet, dies trete nur ein, wenn die zu Grunde liegende Schuld dolus sei[2]). Daran knüpfte sich die Frage, ob l. c. dolus gleichzustellen sei? Sie wurde bejaht[3]) im Hinblick auf die „allgemein redenden" Stellen und fr. 11 § ult. de his qui not. 3. 2, nach welchem auch bei Behauptung eines Rechtsirrthums die Infamie nicht sollte ausgeschlossen sein. Genaue Betrachtung von fr. 42 V. S. 50. 16. fr. 7 § 1 susp. tut. 26. 10 zeigt aber: die erste Stelle verfängt Nichts, weil einmal die Behandlung des Rechtsirrthums eine absolute und vom Schuldgedanken unabhängige ist, und übrigens hier es sich um einen angeblichen Rechtsirrthum handelt, womit der Frage des wirklich vorhandenen nicht präjudicirt ist; fr. 42 cit. enthält jedenfalls eher etwas von levis als l. c., und die Remotion, von welcher die letzte Stelle spricht, kann weder für noch gegen die Gleichstellung bei der unter ganz andern Voraussetzungen gegebenen a. tutelae beweisen.

Die Infamie zeigt sich vielmehr gerade hier, besser als viele Fälle der infamia immediata, deutlich als etwas ursprünglich der Sitte Angehöriges und auf moralischen Erwägungen Beruhendes, welches das Recht anzuerkennen genöthigt ist[4]). Die Verurtheilung aus einem dieser vier Treuverhältnisse wirft schon

---

[1]) cf. fr. 37 § 1 minor. 4. 4. c. 2 si minor se maior 2. 43.

[2]) Glück V. p. 195. XV. § 944: Infamie ist Strafe vorsätzlicher Pflichtwidrigkeit.

[3]) Rudorff, Recht der Vormundschaft III. 199: die l. c. ist als c. in concr. auch bei Delicten gleich dolus (!).

[4]) Das Basiren der Infamie auf diesem sittlichen Urtheil der Aussenwelt zeigt sich auch darin, dass in einigen passim erwähnten Stellen, weil das zu Grunde liegende Motiv edel, ver-

einen Makel auf den Verurtheilten, der, wie der Erfolg zeigt, fidem fregit, und es dann noch zur Verurtheilung hat kommen lassen. So wird in erster Linie die objective Schuld und der Erfolg zum Ausgangspunkt genommen[1]), die fides fracta, die nicht nothwendig auf dolus beruhen muss, und durch diese erklärt sich die perfidia, welche zur Infamie gefordert wird. Alle diese vier bonae fidei Contracte (resp. Quasi-Contr.) sind spätern Ursprungs, und der Schutz des zu Grunde liegenden Verhältnisses erfolgte früher, wenigstens bei Mandat, Tutel, Depositum, durch Delictsklage; dies ja auch der Grund, warum von Cicero (v. § 5 a. in in.) das Depositum nicht unter den infamirenden Contracten aufgeführt ist. Die Infamie stellt sich aber kaum dar als Ueberbleibsel des dolus fordernden Delicts, sondern beruht vollständig auf dem Bruch der fides, welche in der Schaffung eines klagbaren Contractsverhältnisses als rechtlich relevant ist anerkannt worden. Der Treubruch liegt nun nicht schon darin, dass der, welcher fides zu beobachten hat, durch seine Schuld sich eine Verpflichtung aufladet, sondern, dass er dieser Verpflichtung nicht freiwillig nachkommt und durch Vermittlung des richterlichen Urtheils, welches diesen Treubruch constatirt, dazu muss gezwungen werden. Denn wenn der Beklagte vor der Sentenz den Kläger, wie es recht und billig ist, befriedigt, wird er vom Richter (ex fide bona!) freigesprochen. Erst mit jenem hartnäckigen Nicht-Nachgeben (das ja freilich auch auf Insolvenz beruhen mag) trifft ihn ein sittlicher Tadel, nicht aber, wenn er dem Berechtigten gegenüber seine Schuld wieder gut macht. — Da zeigt sich gleich der Unterschied von der Infamie in Folge der Privatdelicte (a. furti, iniuriarum, de dolo, vi bon. rapt.), indem bei diesen auch infam wird, wer den Beschädigten abgefunden hat, so dass es also zur Verurtheilung nicht kommt; denn hier liegt der Grund der Infamie schon in der Rechtswidrigkeit des Delicts, bei Infamie aus Contracten nicht in der Modification der Verpflichtung durch dolus, culpa, sondern in der Nichterfüllung der entstandenen Verpflichtung, welche doch die fides zu erfüllen gebot; daher erscheint beim Delict ein solches Abkaufen der Strafe als turpis pactio (Verzeihen des Beschädigten hebt die Rechtswidrigkeit

---

zeihlich ist, die Klage, deren Durchführung Infamie zur Folge hat, versagt wird, trotzdem der zu ihr autorisirende Thatbestand vorliegt, um die Infamie, welche hier ungerechtfertigt erscheint, zu vermeiden.

[1]) Pernice, Labeo I. 248 ff. 441 ff.

auf), während dies bei der Contractsschuld einfache Erfüllung ist[1]). Daneben spricht sich jener Gesichtspunkt darin aus, dass die inf. mediata als Strafe für ein temere litigare erklärt wird in § 2 I. de poena tem. lit. 4. 16, welches nicht die Beschädigung durch Delict, oder die Thatsache, dass der aus einem Contractsverhältniss Verpflichtete eine Beschädigung verschuldete, hervorhebt, sondern das nachherige Verhalten des Verpflichteten, welcher die Verpflichtung nicht anerkennt und so den Beschädigten nöthigt, richterliche Anerkennung und damit Zwang zur Erfüllung nachzusuchen. Dass nun die inf. mediata nicht aus demselben Obersatz stammt, wie z. B. das infitiando crescere in duplum, ist klar; aber diese Auffassung zeigt: nicht auf den Grad der Verschuldung im Contractsverhältniss, sondern auf den Umstand, dass man den ex culpa entstandenen Schaden nicht ex fide bona freiwillig erfüllt hat und der Gegner an den richterlichen Zwang recurriren muss, wird Gewicht gelegt; dies ist perfidia, fides fracta. Der Massstab ist ein objectiver[2]). — Diese Folge bei jeder Verurtheilung aus der directen Klage eines dieser vier Contractsverhältnisse eintreten zu lassen, erscheint unbillig und vom subjectivistischen Standpunkt aus unglaublich, und dies führte zur Behauptung der Beschränkung auf dolus. Dies ist aber offenbar unhaltbar neben Beweisen wie fr. 42 V. S. 50. 16 (Ulp.) und c. 21 mand. 4. 35 (Constantin). cf. Cic. pro Rosc. Amer. 38. 39. Diese auf Fälle einer l. c. zu beziehen und mit fr. 11 § ult. h. t. 3. 2 in Verbindung zu bringen[3]), ist mit ihrem Ausdruck unvereinbar: „potest in hominem idoneum cadere“ und „in re mandata . . . existimationis periculum est“; „aliena . . negotia exacto officio geruntur nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.“ Der Fall der inf. immediata des fr. 11 § ult. h. t. 3. 2 aber schafft hier nicht Beweis, als ob eine rechtsirrthümliche Unkenntniss der Prästationspflicht

---

[1]) fr. 7 h. t. 3. 2.

[2]) Cf. Marezoll, bürgerl. Ehre 148 ff. Unrichtig ist daher, die Frage, ob Infamie wegen Verurtheilung überhaupt oder nur wegen dolus eintrete, als blossen Wortstreit zu bezeichnen (Vangerow, Pand. I. 87) „ein dolus liege immer vor, wenn der Beklagte, mit seiner Schuldigkeit bekannt, es bis zur Verurtheilung habe kommen lassen.“ Dies Bekanntsein ist nirgends vorausgesetzt; es kann Jemand verurtheilt werden, der sich subjectiv in vollem Recht hält; es wird eben nur auf den Erfolg abgestellt; dies zeigt ja auch der Fall, wo man wegen Insolvenz nicht erfüllen kann.

[3]) Schrader, Institutionen ad § 6 I. susp. tut. 1. 26.

aus einem dieser vier Verpflichtungsverhältnisse von der Infamie nicht befreite, wohl aber ein factischer Irrthum, und als ob man auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit dieses Irrthums etwas ankommen liesse. Diese Stellen zeigen deutlich: auch einen rechten Mann kann die Infamie treffen; die Verurtheilung aus dem Mandat, wegen welcher Kleinigkeit sie auch geschieht, zieht Infamie nach sich. Und wo sonst die Infamie in diesem Zusammenhang erwähnt wird, ist sie stets nur an die Verurtheilung geknüpft und als ihr Grund fides rupta angegeben, so dass also die a. contraria, die sich gewöhnlich nur als Bereinigung eines calculus darstellt, nicht infamirt[1]). — Haben wir den Satz, dass hier Verurtheilung iudicio directo stets Infamie nach sich zieht, so kann nun eine Specialisirung der unterliegenden Schuld und damit die Frage nach einer Gleichstellung von dolus und l. c., aus der man wohl Aufschluss für die Behandlung der l. c. im Strafrecht hat finden wollen[2]), nicht weiter in Betracht fallen. Namentlich kann auch nicht in fr. 8 § 10 mand. 17. 1 eine besonders geartete l. c. als Vorsatz ohne gemeines Motiv gefunden werden, für diesen speciellen Fall angewandt, um der nur bei Verurtheilung wegen dolus eintretenden Infamie zu entgehen[3]), identisch mit dem dolo proximum in fr. 7 § 7 depos. 16. 3, der vorsätzlichen Rechtswidrigkeit aus edlem Motiv.

9. Die remotio tutoris, welche oft für Entscheidung dieser Frage ist mitbenutzt worden, ist etwas so durchaus Verschiedenes, was Grundlage und Durchführung betrifft, dass eine Verwerthung der Voraussetzungen des Eintretens der Infamie bei ihr für das Eintreten derselben bei der Verurtheilung in bonae fidei iudiciis nicht statthaft erscheint. — Die Vormundschaft ist ursprünglich eine Herrschaft, ähnlich der patria potestas, wie sich dies unter Anderm auch darin zeigt, dass die Anstellung der tutelae a. erst nach Beendigung des Verhältnisses möglich ist: auf die Ausübung dieser Herrschaft hat der tutor ein Recht. Bei Missbrauch der Gewalt gaben aber schon die zwölf Tafeln eine accusatio suspecti,

---

[1]) Binding, der bei Haftung aus Contracten die infamirende Wirkung des dolus malus „womöglich" nicht auf l. c. ausgedehnt wissen will (l. cit. p. 388) „weiss allerdings dem Einwurf nicht zu begegnen" (Note 613), dass in Folge der Verurtheilung Infamie eintritt.

[2]) Schrader l. cit.

[3]) Mommsen, Beitr. III. 354. N. 10, anders 348. N. 1. Wir haben hier vielmehr eine wahre auf neglegentia beruhende l. c. vor uns.

dem tutor wurde das Recht entzogen und er wurde infam; Grundlage ist doloses Delict[1]). Mit der fortschreitenden Entwicklung der Tutel vom Standpunkt der Rechtsbefugniss zu dem des Pflichtverhältnisses tritt das Interesse des Mündels mehr in den Vordergrund, die fides beherrscht das Verhältniss des tutor zum Pupill, und als Voraussetzung der remotio suspecti finden wir Verletzung der fides bezeichnet[2]). Wegen neglegentia, segnitia, rusticitas, inertia, simplicitas, ineptia konnte der tutor entlassen werden, doch hatte diese Remotion aus Utilitätsgründen nicht Infamie zur Folge, wie das crimen suspecti, welches dolus forderte[3]). Der, welcher noch nicht angetreten, konnte nicht suspectus postulirt werden, sondern nur wegen Nachlässigkeit oder dolus removirt werden[4]), und dasselbe meinen Julian und die ihm folgenden kaiserlichen Constitutionen mit dem Ausdruck „der, welcher noch nicht angetreten, könne quasi suspectus removirt werden"[5]); mit diesem „ähnlich wie ein suspectus" ist diese Neuerung an die alte remotio angeschlossen; die Infamie soll nicht eintreten. Anders aber in fr. 7 § 1 h. t. 26. 10 (Ulp.): der tutor konnte wegen lata neglegentia, quia ista prope fraudem accedit, in der That mit Infamie removirt werden, wie der Zusammenhang der Stelle und fr. 6 ubi pup. 27. 2[6]) zeigen. Dies ist jedenfalls spätere Neuerung aus rechtspolitischen Gründen, welche in Fällen wie fr. 6 cit. sich aufdrängen mussten; so dass sich die Infamie nun nicht mehr als Folge von Delict, sondern von constatirter fides fracta darstellt, insofern genähert der Verurtheilung aus tutelae a., deren Voraussetzungen ja andere sind, aber beschränkt auf lata neglegentia. Dies ist auch nicht zu hart, wenn man bedenkt, dass statt dieser remotio der Prätor in der Hand hatte, bloss einen curator neben den

---

[1]) fr. 1 § 2 susp. tut. 26. 10. fr. 3 §§ 5. 11. 13. 14 h. t.

[2]) § 5 I. de susp. 1. 26 (Julian).

[3]) fr. 3 §§ 17. 18 h. t. 26. 10. cf. fr. 2 § 41 ad S. C. Tertull. 38. 17. — c. 9 susp. tut. 5. 43. cf. die Ausdrücke fraudulenter gerere, versari; ob dolum, si forte grassatus sit aut sordide egit vel perniciose, vel aliquid intercepit; delictum, fraus admissa, alienatio per fraudem etc. Das crimen suspecti wird bisweilen allein durch suspectum postulare bezeichnet, bisweilen offenbar aber auch der weitere Begriff der remotio.

[4]) fr. 4 § 4 h. t. 26. 10. cf. das „reicirt" in fr. 3 § 12 h. t. 26. 10 und das suspectus im weitern Sinn in fr. 7 § 3 h. t. 26. 10.

[5]) § 5 I. h. t. 1. 26.

[6]) Tryphoninus. cf. fr. 3 § 17 susp. tut. 26. 10.

säumigen Tutor zu stellen[1]) oder ihn einfach zu removiren, ohne den Grund im Decret anzugeben, und so „famam reservare". Die remotio mit Angabe des Grundes, welche allein Infamie zur Folge hatte, geschah[2]) nur nach eingehender Untersuchung, und so ersparte wohl durchgehends der Prätor die nota, wo nicht im einzelnen Fall die lata neglegentia als besonders schwere Verletzung der fides sich erwies[3]).

Da also nicht vom Standpunkt des Delicts, sondern der fides fracta aus sich der Satz entwickelte, der Prätor könne den removirten Tutor, falls ihm l. c. zur Last falle, infamiren, so lässt sich dies Eintreten der Infamie bei l. c. durchaus nicht als Beweis für eine Gleichstellung von dolus und l. c. in Bezug auf Straffolgen verwenden.

C. Das Delict. Bedeutung der l. c. in demselben. Impetus, lusus, lascivia, luxuria.

1. Allgemeines. Geschichte.

§ 13.

Die Untersuchung der Schuldlehre beim Verbrechen liegt mir nur soweit ob, als es sich um die Frage handelt, ob das römische Strafrecht eine l. c. als besondern, vor der culpa überhaupt ausgezeichneten technischen Begriff kennt, so dass es gewisse Delicte auf ihr beruhen liesse, oder für ein eventuelles culposes Delict, wenn auf ihr beruhend, besondere Strafe statuirte, oder gar sie zum dolus des Delicts in ähnliche Beziehung brächte, wie mitunter zum dolus des Verkehrsrechts, und welches die quellenmässige Bedeutung der hier im Vergleich zum Verkehrsrecht ungleich reichern Terminologie, als: impetus, lusus, luxuria, lascivia

---

[1]) fr. 6 cit. cf. fr. 9 susp. tut. 26. 10.

[2]) Dies zeigt fr. 7 § 3 h. t. 26. 10.

[3]) Cf. dagegen Guyet, Abhandlgn. 8. Vangerow, Pand. I. § 47; für Beschränkung auf dolus auch Marezoll, bürgerl. Ehre 151. Dafür Jac. Gothofredus, reg. iuris ad fr. 23 p. 111. Celsus Bargalius, de dolo 562 beschränkt sie auf l. c. versutiae und Mommsen fordert, dass sich in der l. c. „eine verwerfliche Gesinnung" zeige. Cf. Schrader l. cit. Rudorff, Recht der Vormundschaft III. 199 und die dort citt. Die Stellen lassen eine andere Deutung nicht zu!

ist, wie sie sich zu dolus und culpa verhalten. Dies nöthigt, auf die römische Schuldlehre beim Delict und ihre geschichtliche Entwicklung einzugehen.

Die Scheidung von dolus und casus, welche das republikanische und classische Strafrecht charakterisirt, kennt das älteste Recht nicht[1]). Es berücksichtigt einzig die Thatseite und den äussern Zusammenhang; das Zurückführen auf die innere Causalität des Willens und damit die Scheidung in Gewolltes und Nichtgewolltes ist ihm fremd, vollends die Differenzirung directer und indirecter Causalität. Anklänge daran finden sich noch in den XII tab. Fragmenten, so in dem angeblich Numa'schen Gesetz, dass, wer imprudens und invitus einen Andern tödtet, seinen Agnaten einen Widder zu geben hat[2]): ein Ueberrest einer Zeit, in welcher staatliches und sacrales Element noch ungetrennt neben einander liegen. Die That forderte Sühne: ursprünglich wohl stets Tod des Thäters ohne Rücksicht auf Verschuldung[3]); erst später (relativ immer noch sehr früh) wird in der imprudentia eine leichtere Versündigung gefunden und leichtere Sühne zugelassen: der Thäter darf statt seines Lebens das eines stellvertretenden Thieres als Sühnopfer der erzürnten Gottheit darbringen; es nimmt die Sünde auf sich[4]) und stirbt für ihn. Schon eine Abschwächung dieses Gedankens ist es, dass das

---

[1]) In der Religion der Gedanke der Heimsuchung von Kind und Kindeskind für die Sünden der Väter, in der Tragödie das unabwendbare Walten der blinden μοῖρα, welche auch den Guten trifft, im Recht die Strafe ohne Schuld. Alles dies steht im engsten Zusammenhang und derivirt aus einer allen Völkern in ihrer Kindheit gemeinsamen Weltanschauung (Liszt, D. Strafr. 2. Aufl. p. 148). Erst allmälig nimmt der Begriff des Unrechts das Moment der Verschuldung in sich auf. cf. v. Ihering, das Schuldmoment im röm. Privatrecht. In den originellen Resultaten, zu denen Voigt, XII. Tafeln §§ 41—44 für die röm. Schuldlehre dieser Zeit gelangt, muss die Definition der Begriffe und die Auffassung als eines systematisch durchgebildeten Ganzen oft Bedenken erwecken.

[2]) Servius in Verg. bucol. 4. 43. id. in Verg. Georg 2. 387. Cf. Festus s. v. parricidii. Plutarch, Rom. 22.

[3]) Voigt XII. tab. I. p. 456: Tödtung eines Mitbürgers ist stets zu sühnen und fordert, auch wenn rechtmässig durch Richterspruch erfolgt, ein piaculum des Volks.. Dion. V. 57. cf. Pernice, Labeo II. 239 N. 4.

[4]) unterschieben: subicere Festus h. v. 347. cf. den alttestamentl. Sündenbock. Ebenso im attischen Recht, was zu Heusler, Diss. de rat. in puniendis delictis c. commissis Tub. 1826 praes. Schradero § 6 n. 24 zu bemerken ist.

Thier an die Familie des Verstorbenen gegeben wird. Cicero[1]), welcher diese in die zwölf Tafeln übergegangene Bestimmung tadelt, weil nur die voluntate aber nicht die fortuna begangene That Strafe nach sich ziehen könne, zeigt, dass der spätern Anschauung die richtige alte Betrachtung unklar ist und an ihre Stelle die von einer vermögensrechtlichen an die Agnaten zu entrichtenden Composition getreten ist[2]). — Deutlicher zeigt die Talion der XII tab. beim membrum ruptum dies Abstrahiren von einer Schuldseite des Verbrechens: si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto; eine Bestimmung, die wohl früh wich. Auch in der controversen Brandstiftungsstelle fr. 9 de incend. 47. 9[3]) möchte ein Anklang an eine Strafe der XII tab. zu finden sein[4]), wofür Inscription, Ausdruck

---

[1]) Cicero, top. 17. p. Tull. 21. 51: „si telum manu fugit magis quam iecit." Die Behauptung des Gegentheils ist bei Vergleich von Cic. top. 17 und Festus s. v. subici unmöglich.

[2]) cf. vom theolog. Standpunkt aus Augustin de lib. arb. 1. 4.

[3]) Gaius: qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatusque igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero neglegentia, id est casu, aut noxam sarcire iubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur; appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur (libro IV. ad legem XII tab.).

[4]) Gegen Anlehnung an XII tab.: Schöll XII tab. 42. Heusler cit. § 9. Wächter de crim. incend. 22 sq. Luden, Abhandlgn. I. 69. Dafür: die bei Heusler Note 33 citt. Schweppe, R. Gesch. 3. Aufl. 1044 ff. Pernice, Labeo II. 241. Voigt XII tab. I. 488. II. § 175. Gegen Heuslers Ausführungen in § 10, spec. die Folgerung aus fr. 28 pr. de poenis cf. § 12 (Callistratus zählt als Arten der Todesstrafe auf: ad furcam damnatio, vivi crematio, capitis amputatio und gibt an, das Verbrennen sei eine später aufgekommene, adinventum, Strafe, als die furca) „die furca sei erst nach den XII tab. erfunden, also hätten diese die vivi crematio nicht gekannt, also könne das Gaiusfragment keine Zwölftafelbestimmung enthalten" — neustens Voigt XII tab. § 175 p. 806 ff.: Callistratus erwähnt nur drei Todesstrafen, die XII Tafeln hatten aber mehr; er will also nicht historisch die Strafen, sondern dogmatisch die Strafen seiner Zeit behandeln; für diese ist die Strafe der furca älter (die Feuerstrafe war durch die l. Cornelia abgeschafft worden). Voigts positiven Ausführungen, besonders seiner Auffassung des levius castigari, kann ich nicht beistimmen. Dass casus in der Kaiserzeit stets Zufall bedeute, ist doch z. B. neben Coll. XII. 6. 1. fr. 11 § 2 de poenis 48. 19 recht zweifelhaft. Positives Resultat Voigts für die XII tab. ist: Die Bestimmung gehört in tab. VII. 9., ist sacrale Delictsstrafe und zwar in ihrer Form als deo necari, wodurch der Thäter dem Volcanus oder der Vesta zur Sühne dargebracht wird. (Ebenso bei incantatio cf. II. § 174 bes. N. 16). Wächter l. cit. will in fr. 28 § 12 cit. eine historische Darstellung finden; die Strafe der crux, seit Constantin furca, sei uralt, älter als XII. tab. und vivi crematio in diesen also möglich. Die Beweise v. ib. p. 16. 19. Er ist aber selbst gegen diese Strafe des incendium in den XII tab. p. 22.

des letzten und Inhalt des ersten Satzes sprechen. Es hiess wohl ursprünglich[1]): der gefährliche Brandstifter wird verbrannt; die XII tab. unterschieden dann aber (nicht mit der Ausdrucksweise des Fragments!), indem sie Bestimmungen über das nicht dolose Brandstiften folgen liessen. So war Gaius veranlasst, dort sein „si modo“ folgen zu lassen, und hier erklärt sich das „casu, id est neglegentia“ daraus: Gaius wollte die Zwölftafelstelle mit Anwendung auf sein Recht interpretiren: die erste Bestimmung passte für extraordinäre Verfolgung der dolosen Brandstiftung seiner Zeit; gegenüber dem casus (= imprudentia) der XII. tab. (welche für diesen eine Strafe festsetzten) konnte hingegen für seine Zeit einzig auf die Haftung aus aquilischer culpa[2]) hingewiesen werden, denn Strafe erfolgte zu Gaius Zeit principiell nur wegen dolus. So kommt es, dass der casus, welcher Alles, was nicht dolus ist, repräsentirt, durch neglegentia, der weitere Begriff durch den engern erläutert wird: was casus im civilistischen Sinn ist, fällt nicht unter Haftung ex l. Aquilia.

Wie demnach ursprünglich das römische Recht die objective Thatseite: den Erfolg in den Vordergrund stellte, und dann allmählig die Schuldseite berücksichtigte, immerhin aber untergeordnet, so dass auch das casuelle Verbrechen noch strafbar erscheinen konnte, und nur mit der Unterscheidung in vorsätzliche und unvorsätzliche That, so hat (für die Zwischenzeit mangeln Nachrichten über die Entwicklung) das republicanische Strafrecht der Quästionen, vorab die leges Corneliae, eine überwiegende Berücksichtigung des Schuldmoments und Hintansetzung des Thatmoments[3]) aufzuweisen, und zwar so, dass zum Verbrechen und

---

[1]) Im Ganzen nach Pernice l. cit.

[2]) Diese, nicht die Bestrafung eines culposen Verbrechens, spricht die Quelle aus, cf. Heusler l. cit. Binding: Culpose Verbrechen im gem. r. R.? Programm 2. Rudorff, Rechtsgesch. II. 374. Das levius castigari ist Strafverwandlung für den Zahlungsunfähigen.

[3]) Das alte Recht verlangt Vollendung, das neue kommt von der Betonung der Schuld aus auf Indifferenzirung zwischen Versuch und Vollendung. Wie sich diese ganze Umwandlung vollzog, ist hier nicht auszuführen. Jener sinnliche Standpunkt ist der des naiven unentwickelten Zustands, welcher die Bedeutung des menschlichen Willens gegenüber dem Causalismus der Natur noch nicht erfasst und würdigt. Cf. Rein, Kriminalrecht der Römer p. 146 ff. Luden, Abhandlgn. I. 73 ff. Cic. Paradox. III. 1 pro Mil 7. Seneca de const. c. 7. Valerius Max IV. 1. 8: non factum, sed animus in quaestionem deductus est, plusque voluisse peccare nocuit, quam non pecasse profuit. So noch in später Kaiserzeit für crimina publica cf. z. B. c. 5 ad l. Jul. maj. 9. 8. Paulus S. R. V. 23. 3: consilium uniuscuiusque, non factum puniendum est.

zur poena legitima stets dolus malus gefordert wird; Alles Uebrige fällt dem casus anheim und ist straflos[1]). Von einer aus diesem letztern ausgeschiedenen culpa ist so wenig als im alten Recht die Rede; jener Gegensatz allein beherrscht das ganze Recht. Nur die ursprünglich bloss auf iniuria gegründete lex Aquilia (diese genügte, so lange sie sich nur auf urere, frangere, rumpere richtete; auch hier mehr Betonung des Erfolgs; erst mit der Ausdehnung auf alles corpore corpori damnum dare wird schärfere Imputation nothwendig) macht hiervon eine Ausnahme, indem allgemein das irgendwie imputable Verschulden, die aquilische culpa, als Haftungsgrund auftritt, so aus dem casus ein engerer Begriff wird und zwischen dolus und culpa eine Differenzirung nicht stattfindet. Die Fälle der Haftung wegen effusa, deiecta, posita, suspensa dagegen enthalten genau besehen eine Verantwortlichkeit ohne Imputation, obschon man diese mitunter künstlich durch den Gesichtspunkt der culpa in custodiendo zu vermitteln sucht.

Ganz ebenso besteht dieser einfache Gegensatz principiell im Strafrecht der Kaiserzeit weiter. Doch entwickelt sich hier das Bedürfniss, für den oder jenen Fall gelegentlich auch bei nicht vorhandenem dolus des Thäters dessen That zu ahnden, ohne dass hierbei von einem allgemein leitenden Princip ausgegangen wird, und so wird über den dolus hinaus in das Gebiet der alten imprudentia übergegriffen. Zu diesem Zweck ist nun Bildung einer Terminologie erforderlich, welche diese aus dem Gebiet des straflosen Nicht-Dolus auszuscheidenden strafbaren Elemente bezeichnet, damit sie sowohl gegenüber dolus malus, wie dem als straflos zurückbleibenden Rest der imprudentia sich charakterisiren. Dies ist in bunter Mannigfaltigkeit, und, da der alte Gegensatz noch stets der herrschende bleibt, nur vom einzelnen Delict und oft nur vom einzelnen Fall aus erfolgt ohne organische Durchbildung einer allgemeinen Schuldlehre, so dass oft unmöglich ist, dem einzelnen Ausdruck einen bestimmten technischen Sinn zu vindiciren. Da bot sich vor Allem die culpa dar, welche sich in dieser Zeit der classischen Jurisprudenz (erst von Hadrian an datirt sicher das culpose Verbrechen) im Civilrecht fest durchgebildet fand, und dessen Terminologie wurde denn auch zum Theil herübergenommen, unter Mitwirkung der aquilischen culpa.

[1]) dolo malo, voluntate, consulto, sponte, data opera, proposito, sciens, sciens prudensque, sciens dolo malo, voluntas nocendi, consilium, die einzelnen animi — casus, fortuito, ignorantia, imprudentia.

In der levis culpa, der nimia neglegentia, der culpa dolo proxima und lata culpa des Verkehrsrechts fand das Strafrecht eine Analogie für eine Untersuchung des nichtdolosen, aber mehr oder minder strafbar erscheinenden Verschuldens nach seiner Intensität, und nahm so die Ausdrücke als Quantitätsunterschiede hinüber. Mehr geschah aber nicht: es ist keine Lehre vom fahrlässigen Verbrechen ausgebildet. Culpa bezeichnet Schuld allgemein, ohne den festen Inhalt wie im Verkehrsrecht; der Ausdruck selbst findet sich relativ selten und kaum je technisch, oft auch durch den Ausdruck für die ihr zu Grunde liegende causa ersetzt[1]). Neben der culpa waren es Ausdrücke des gewöhnlichen Lebens, welche zur Bezeichnung der Willensseite des Thäters verwendet wurden, sobald es sich nicht um dolus handelte, und entweder eine feste Präcisirung der Schuld gar nicht erstrebt, oder, weil ihre Abgrenzung von dolus wie culpa (im Sinn von Fahrlässigkeit) schwierig war, vielleicht gar ein Concurrenzfall vorlag, vermieden wurde. Diese Ausdrücke, aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch herübergenommen, finden sich in vielen Einzelfällen so verwendet, dass eine technische Bedeutung zu gewinnen und zu entscheiden, ob das römische Strafrecht den und jenen entschieden zum vorsätzlichen oder zum fahrlässigen Verbrechen gestellt hat, schwierig wird. So die Ausdrücke lusus, lascivia, luxuria, selbst impetus. Dass in der That kein festes Princip für das nichtdolose strafbare Verbrechen obwaltete, zeigt neben der Verwendung untechnischer Ausdrücke, worüber unten, die Begründung der Bestrafung einer nicht dolosen That, wie sie jeweilen im Einzelfall ausgesprochen ist. Nicht dass allgemein eine obligatio ad diligentiam angenommen und auf Grund derselben, oder überhaupt aus einem andern allgemeinen Gesichtspunkt die Lehre vom culposen Verbrechen entwickelt und die Ahndung desselben gerechtfertigt worden wäre, sondern es sind jeweilen reine Zweckmässigkeitsrücksichten, welche für die Bestrafung einer nicht dolosen That entscheiden; so wird u. A. hauptsächlich der Gesichtspunkt der Abschreckung und Prävention verwendet: es würde zu bösen Consequenzen führen, wenn man so Etwas unbestraft liesse, daher soll ein Exempel statuirt werden, damit dergleichen nicht so leicht wieder vorkommt. So ist schon in Hadrians Erlassen,

---

[1]) Man vergleiche die reiche „Blumenlese" bei Pernice II. 244 N. 20, z. B. non ob quaestum sed neglegentiam vel culpam vel quandam patientiam vel nimiam credulitatem. fr. 29 § 4 adult. 48. 5.

in welchen wir zuerst das nicht dolose Verbrechen vereinzelt extra ordinem bestraft finden, und dann wiederholt von den Juristen dieser Gesichtspunkt verwerthet[1]). Dass aber durchgängig die Accusation, und grundsätzlich auch die extraordinaria cognitio auf dolose Verübung des Verbrechens beschränkt bleibt und in letzterer nur sehr vereinzelt darüber hinausgegangen wird, bedarf heutzutage[2]) wohl keines Nachweises mehr. Findet sich die Bestrafung eines hohen Grades der Fahrlässigkeit bisweilen, so ist das geringe Verschulden nur im Militärstrafrecht geahndet; und dies ist hier vom Standpunkt erforderlicher strenger Disciplin wohl erklärlich[3]). Hingegen rechtfertigt Nichts das Bestreben, Thatbestände, wie des fr. 3 §§ 2. 3 l. Corn. sic. 48. 8 als levi resp. l. c. begangene Tödtung[4]) zu bezeichnen. Das S. C., das die pigmentarii, welche die bestimmten in ihm bezeichneten Gifte verkaufen, unter die Strafe der lex Cornelia de sicariis fallen lässt, stellt sich dar als strenges Verbot des Verkaufs dieser medicinischen Gifte, es bestimmt ihre Extracommercialität[5]) und bestraft ihren Verkauf, ohne auf den animus der pigmentarii zu sehen; eine Verordnung, deren Strenge aus

[1]) Coll. I. 11. 2: „cupiditatis culpam coërcendam credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur (culpa hier wie § 3 allgemein = Verschuldung, cf. fr. 4 § 1 Corn. sic. 48. 8) fr. 47 iud. 5. 1. fr. 33 Re I. 42 1 (Pernice). In Coll. XIII. 3. 1 ff. erscheint das factum der Grenzverrückung stets als pessimum, das nicht unbestraft bleiben darf. Ein S. C. in fr. 3 § 2 Corn. sic.: Grund der Bestrafung bei medicamentum ad conceptionem dare: „malo exemplo est"; ebenso fr. 38 § 5 poenis 48. 19 für abortionis aut amatorium poculum: „quia mali exempli res est"; der Senatsschluss enthielt wohl diese Motivirung (für die Nothwendigkeit der Abschreckung cf. Ovid, Amor. II. 14. Juvenal Sat. VI. 594—597. Seneca de cons. ad Helv. c. 16). Die Verwendung des exemplum ist überhaupt für die extraord. cognitio sehr häufig; es wird zu abschreckendem Beispiel für den Thäter selbst oder Andere gestraft; cf. Divus Pius in fr. 6 § 1 cust. reor. 48. 3 „in exemplum iudicare, ne quid et aliud postea tale moliatur." Gell. VI. 14 „ut qui fortuito deliquit, attentior fiat correctiorque", scharf zugespitzt Sen. de ira II. 31. fr. 9 de reb. eor. qui sub tut. 27. 9: der tutor wird in exemplum coercirt. fr. 6 § 1 poenis 48. 19 „ut exemplo deterriti minus delinquant." fr. 31 pr. depos. 16. 3 „ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, egestate laborare debet." fr. 6 § 3 de re mil. 49. 16 „propter exemplum capite puniendus est."

[2]) Cf. u. A. Binding, culpose Verbrechen im gem. r. R.? 2 Programme, freilich zu weitgehend und für die l. c. den Standpunkt der Normen beibehaltend.

[3]) Entweichenlassen eines Gefangenen fr. 14 § 2 cust. reor. 48. 3.

[4]) So dass der gewöhnliche Mensch, der Gift gibt, in levi, der Salbenverkäufer in l. c. wäre!

[5]) Cf. § 5 I. 4. 18. Gengler, Lehre von der Vergiftung I. 60 stellt gewissermassen doch

den damaligen Zuständen unschwer zu erklären ist[1]). Dass sie erlassen werden musste, zeigt, dass cap. V der lex Cornelia de veneficis „qui hominis necandi causa venenum malum fecerit, vendiderit, habuerit“ nicht mehr genügte. § 2 ist aus ähnlichem Gesichtspunkte zu erklären: die Strafe der Relegation wird festgesetzt nicht wegen der culpa, sondern quia mali exempli res est: diese Unsitte der Liebestränke und anderer unnatürlicher Mittel soll mit Stumpf und Stiel ausgerottet werden[2]); ein S. C., das offenbar auf Grund eines Specialfalles hin geschaffen wurde, wie das Macedonianum[3]). Da dies mit unterläuft, kann die Gifttödtung dieser Fälle nicht für eine auf levis c. gegründete öffentliche Strafe verwendet werden[4]). — Mit dem Auffinden culposer Delicte ist man wohl überhaupt zu leicht vor sich gegangen. c. 1 C. ad leg. Corn. sic. 9. 16 enthält ebensowenig wie Coll. I. 8. 9, aus denen sie zusammengesetzt ist, eine Erwähnung eines culposen Delicts, sondern nur Anwendungen von c. 6. 7 ib. Die Anklage auf Grund der lex Corn. de sic. erforderte Tödtungsdolus; er war das Principale, so dass auch der Versuch, dem die Vollendung mangelte, unter das crimen fiel. Nicht aber entschied der Erfolg über die Strafe: die dolose Körperverletzung mit tödtlichem Ausgang konnte nicht unter lex Corn. de sic. fallen, weil der

---

auf culpa des Verkäufers ab: er soll sehen, wem er verkauft. Seine Ausführungen sind nicht beweisend. Auch Rein findet hier wie im Folgenden culpose Delicte.

[1]) Cf. die Darstellung bei Rein: Kriminalrecht der Römer 429 ff.

[2]) Gengler cit. 104 ff. richtig: „das entscheidende Gewicht wird auf den Erfolg, nicht das Wissen gelegt“; aber unrichtig und diese Anschauung gerade wieder aufhebend: „für Schuld wird präsumirt: res mali exempli sind gesetzliche Präsumtionen.“

[3]) Cf. die extraord. Strafe des fr. 38 § 5 de poenis 48. 19 = Paul. S. R. V. 23. 14. Hier möchte ich nicht mit Binding, Normen II. p. 366 n. 553 einen Fall seiner l. c., des rechtswidrigen Vorsatzes aus Uebermuth finden. Geleugnet wird der dolus malus, der sich auf den Tod des Betreffenden richtet; der Gedanke ist aber nur: das Beibringen von Liebestränken ist Etwas, was man nicht ungeahndet lassen darf; es wird allgemein verboten ohne Rücksicht auf den animus, der dazu führt: wer ein poculum amatorium trinken macht, wird bestraft.

[4]) cf. fr. 6 § 7 de off. praes. 1. 18 (extraord. cogn.), welches offenbar von extraordinärer Bestrafung des Arztes redet, durch dessen Ungeschick ein Patient ums Leben gekommen ist (es auf Haftung ex l. Aq. zu deuten, verbietet der Zusammenhang), enthält einen Fall einer Bestrafung einer nicht vorsätzlichen, wohl aber grob fahrlässigen Schädigung; es durch Paul. S. R. V. 23. 19 zu erklären, möchte unstatthaft sein, da dieses sich gewiss nur auf dolose Verübung bezieht.

animus occidendi fehlte, und daher war dieser Ausgang für die accusatio ex lege Cornelia (hier Cognition wegen doloser Tödtung) reiner casus[1]), und der Thäter konnte nur wegen doloser iniuria verantwortlich gemacht werden. Und darüber, dass der Thäter, wenn er nicht animus occidendi hatte, nicht wegen Tödtung könne verantwortlich gemacht werden, beruhigen die Kaiser allein die Petenten, ohne sich weiter auf eine Entscheidung der wirklichen Schuld einzulassen[2]). Für das crimen aus der lex publica ist stets Beweis des betr. animus erforderlich. Was aber die extraordinaria cognitio betrifft, so sehen Fälle, wie des Nildammdurchstichs, wohl mehr auf die Folgen als auf die Schuldseite, während Strafen wie die gegen Söhne von Hochverräthern und von Constantin gegen den ahnungslosen Eigenthümer eines Grundstücks, auf dem falsche Münze fabricirt wird[3]), von jeder Imputation abstrahiren und nur als ungeheuerliches Zeugniss unsinniger Abschreckung dienen können.

2. Lata culpa, lusus, lascivia, luxuria, impetus.

§ 14.

1. Was vorerst eine lata culpa im Strafrecht anlangt, so ist sie, obschon ihr Name sich nur zweimal, fr. 7 de sic. 48. 8, fr. 11 de incend. 47. 9 findet, (und zwar, wie zu erweisen sein wird, dort im Vergleich zu der l. c. des Civilrechts und ganz in ihrem Sinn construirt auf einer obligatio ad diligentiam, und hier nicht technisch, sondern nur als quantitativ ausgezeichnete Fahrlässigkeit) wiederholt zu einem wichtigen Begriff in der römischen Schuldlehre des Verbrechens gestempelt worden, indem man dieser eine vollendetere Durchbildung

---

[1]) Coll. I. 6. 1. — 7. 1.

[2]) Beweis des animus occidendi, den der accusator zu erbringen hat ex re nach Art des verletzenden Werkzeugs cf. fr. 1 § 3 sic. 48. 8 gegen das ursprüngliche Coll. I. 6. 3. Dies ist wohl der Fall bei der Cognition gegen den Soldaten in Coll. I. 8. Das Werkzeug mochte für dolus sprechen, desshalb hatte er Gegenbeweis zu erbringen. — Zur ganzen Frage cf. Binding cit. Programm 1.

[3]) c. un. Nili agg. 9. 38. — Arcadius und Honorius in c. 5 ad leg. Jul. maiest. 9. 8. — c. 2 C. Theod. 9. 21. Die spätere Beschränkung in c. 4 ib. auf den Fall, dass er in der Nähe war, zeigt, dass Constantin selbst das Ungeheuerliche einsah. cf. c. 1 § 4 C. Just. falsa moneta 9. 24.

des Fahrlässigkeitsbegriffs im Strafrecht zuschrieb, als richtig ist, und zum Satz gelangte, das römische Recht bestrafe, abgesehen von der lex Aquilia, neben dolus nur die l. c., nur höchst ausnahmsweise die culpa levis: die l. c. nahm man als grobe Fahrlässigkeit, und auch lusus, impetus, lascivia, luxuria betrachtete man als Fälle derselben[1]). Doch wollte man selbst diese Schuldarten eher zum Gebiet des Vorsatzes, als dolus eventualis oder gar generalis rechnen oder selbstständig zwischen culpa und dolus in die Mitte stellen. Dagegen hatte schon Löhr[2]) in der l. c. einen Vorsatzbegriff gefunden: sie bezeichne die wissentliche Unterlassung, dolus das wissentliche Handeln (so sei sie in fr. 7 sic. 48. 8 gebraucht), desshalb könne ausserhalb des Obligationenverhältnisses in der Regel keine l. c. entstehen, und Binding in seinen eingehenden Untersuchungen über die culpa dolo proxima[3]) gibt, consequenter als Löhr, ihr, wie durchgängig, so auch im Strafrecht die Bedeutung eines rechtswidrigen Vorsatzes ohne feindselige Gesinnung gegen das Recht, hier specialisirt als rechtswidriger Vorsatz aus Uebermuth, so dass lascivia, luxuria l. c. sind, während impetus unter dolus fällt. Die Ausführung nimmt die letzte Reihe unter den Beweisen für diesen Charakter der l. c. ein, stützt sich mithin auf Resultate früherer Interpretationen des Culpa lata-Begriffs im Civilrecht so, dass nun der Begriff der l. c. als bewiesen angenommen und durch Interpretation der von lascivia, luxuria handelnden Stellen gezeigt wird, dass diese Begriffe gleichen Inhalts mit der l. c., c. dolo proxima sind, mithin die Richtigkeit dieser Auffassung bestärken. — Die Stellen des Strafrechts, welche wirklich von l. c. reden, ergeben aber für diese Auffassung der l. c. Nichts. Was Löhr betrifft, so war eine Vereinigung seiner Auffassung mit fr. 7 l. Corn. sic. 48. 8[4]) unmöglich, indem

---

[1]) Cf. Köstlin, System § 69 p. 181. id., Mord und Todtschlag I. 161—224 (mir unzugänglich). Gengler, Lehre von der Vergiftung I. p. 38 N. 8. Rein, Krim.-R. der Römer 159 in f. (für petulantia, luxuria, lascivia) 166 B 210—213: in dem „delinquitur aut proposito, aut impetu aut casu" des fr. 11 § 1 poenis 48. 19 sei der Gegensatz von dolus, culpa, casus enthalten. (!)

[2]) Löhr, Theorie der culpa p. 63. 65. 88. id., Beitr. p. 14. id., Mag. IV. 490 ff. Daneben nimmt er eine zweite Bedeutung an: bewusste Illegalität ohne Gewinnsucht — recht heterogene Dinge unter einem Namen!

[3]) Binding, Normen II. § 54.

[4]) fr. 7 ad l. Corn. sic. 48. 8: Paulus: in lege Cornelia dolus pro facto accipitur, neque

er die Worte quare bis pertinet auf ein wissentliches Unterlassen bezog und so zu wunderlichen Resultaten kam. Auch für Bindings Ansicht können weder dies Fragment noch fr. 11 de incend. 47. 1 Beweis ergeben. Und so ist auf das über diese Auffassung in § 3 Ausgeführte Bezug zu nehmen. Es ist hier nur daran zu erinnern, dass die Stellen, welche wegen eines edeln, verzeihlichen Motivs nicht von dolus reden, dies rein negativ thun, ohne die unterliegende Schuld als l. c. zu bezeichnen. Was lascivia und luxuria anbetrifft, so ist unten davon zu reden. Jedenfalls berechtigt uns Nichts an sich, sie unter einen Oberbegriff: l. c. zu bringen. Sicher ist, dass die Römer sie nicht unter den Begriff dolus stellen; dass sie dieselben als Arten der culpa angesehen hätten, ist nicht erwiesen. Das „entweder oder" möchte wohl gerade hier nicht am Platze, und oft in das römische Strafrecht zu sehr die feine Durchbildung der Schuldlehre der heutigen Wissenschaft übertragen worden, und ihm damit zuviel zugemuthet sein. — Eine Verwendung des Ausdrucks l. c. finden wir im Strafrecht nicht vor Paulus und Marcian. Die eine vielberufene Stelle ist fr. 7 l. Corn. sic. 48. 8 cit. Für die Frage, ob sie für den Begriff der l. c. einen Anhalt gewähre, ist entscheidend die Beziehung, welche man den Worten von quare an gibt: ob auf den ersten oder den zweiten Satz: ob man darin nur eine Abwesenheit von dolus oder positiv eine Anwesenheit von l. c. finden will. Das Richtige möchte sein, dass die Stellung der zwei folgenden Beispiele absichtlich so gewählt ist und nicht vertauscht werden könnte, indem sich das erste auf den Satz „dolus pro facto accipitur", das zweite auf „c. l. pro dolo accipitur" bezieht. Dass im ersten Beispiel eine l. c. liege, ist zum Mindesten hoch unwahrscheinlich, ob man nun l. c. als grobe Fahrlässigkeit oder als Vorsatz aus Muthwillen, mit Binding also als modernen d. eventualis auffasst: wer wird von hoch herab auf einen Vorübergehenden herunterspringen, des Scherzes willen, zugleich aber allfälligen Tödtungserfolg mit in Kauf nehmend! eine lascivia, die Jedermann im Interesse eigener körperlicher Integrität wird bleiben lassen. Vielmehr ist das se alto praecipitare identisch mit dem praecipitem se ex alto mittere oder dare, das wir so häufig als eine Art des Selbstmords finden[1]). Da ist nun auch von einer l. c., dass

in hac lege culpa lata pro dolo accipitur; quare si quis alto se praecipitaverit, et super alium venerit eumque occiderit, aut putator ex arbore ramum cum deiceret, non praeclamaverit et praetereuntem occiderit, ad huius legis coercitionem non pertinet.

[1]) Aus dem corpus iuris: fr. 17 § 6 Aed. Ed. 21. 1: servus qui de ponte se praecipitavit.

man nicht Achtung gerufen habe, wie es nachher dem „Baumscheerer“ (putator) geboten wird, keine Rede, sondern nur, dass der Erfolg (der, dessen animus darauf ging, durch einen Sprung von oben herunter sich den Tod zu geben, hat bei der Ausführung einen Vorübergehenden getroffen und so getödtet, während er selbst am Leben blieb) nicht entscheide, sondern der interne Vorgang des dolus, den er gegenüber dem Passanten eben nicht hatte, und desshalb fällt er nicht unter die lex Cornelia [1]). Anders beim Beispiel des putator, der, auf dem Baume sitzend, die abgetrennten Aeste herunterwirft: einer derselben erschlägt einen Passanten; dem putator wird nun zum Vorwurf gemacht, dass er nicht die gebotene öffentliche Warnung hat erfolgen lassen, z. B. non praeclamavit. Dass hier wirklich auf eine Unterlassung des putator abgestellt ist und von Vorsatz aus Muthwillen keine Rede ist [2]) ergibt deutlich. fr. 32 ad l. Aq. 9. 2. Hier wird, ebenfalls von Paulus, derselbe Fall für die lex Aquilia behandelt, und die Frage, welche Aufmerksamkeit vom putator dürfe verlangt werden, fein beantwortet: es komme auf die Umstände an, unter welchen er handelnd auftrete: von dem, welcher an begangener Strasse gefährliche Handlungen vornimmt, wird mehr Aufmerksamkeit zu fordern sein, als von dem, der mitten auf dem Felde in einem Privatgrundstück dies thut. Von Jenem wird man zum Mindesten verlangen, dass er jedesmal, wenn er Aeste herunterwirft, seinen Warnungsruf hören lassen muss; thut er es nicht, so haftet er für den Schaden. Dieses non proclamare ist es, dass nur fr. 7 cit. als l. c. bezeichnet: die culpa ist folgender-

---

fr. 17 § 4 eod: qui in hoc progressus est, ut se praecipitaret, ib. qui domi in altum locum ad praecipitandum se ascendisset. fr. 9 § 7 de pecul. 15. 1: si se servus praecipitaverit. cf. fr. 51 furtis 47. 2. c. 12 C. de accus. 9. 2: factum sponte se praecipitantis innocenti criminis periculum afferre non potest. fr. 23 § 3 Aed. Ed. 21. 1. c. 2 C. 6. 22. Profanschriftsteller: Livius: se praecipitem tecto dedit, se de turre praecipitare. Suet. Aug. 27: Tedium Afrum . . D. Augustus . . tantis conterruit minis, ut is se praecipitaverit. Cicero: aliquem praecipitem deicere, mittere.

[1]) Warum dies nur ein fingirtes Rhetorenbeispiel, nicht ein wahrer Fall sein kann (Pernice II. 389 n. 40) ist nicht einzusehen. — Der dolus wird in einer Weise relevant, dass ja sogar, wo für unsern Begriff nicht einmal Versuchs-, sondern erst Vorbereitungshandlungen vorliegen (cum telo ambulare hominis occidendi causa), der genügende Thatbestand vorhanden ist.

[2]) Binding, Normen II. 373: „der Thäter handelt weder unabsichtlich noch geradezu mit animus occidendi, wohl aber sieht er den Menschen unten und wirft ihm den Ast an den Kopf.“

massen aufgebaut: bei solchen Thätigkeiten ist klar und liegt auch durchaus in der Regel, dass auf begangener Strasse das Herabwerfen von Baumästen eine grosse Wahrscheinlichkeit der Schädigung für sich hat und um diese zu vermeiden, Vorsichtsmassregeln anzuwenden sind: er ist zu diligentia in dieser Beziehung verpflichtet (ein Gesichtspunkt, der sich für die Haftung ex lege Aquilia öfters findet) und haftet wegen neglegentia. Von dieser Construction aus erklärt sich die l. c. des fr. 7 cit.; sie erlaubte desto eher, hier den im Civilrecht ausgebildeten Begriff der l. c. ins Strafrecht herüberzunehmen; gerade hier, bei der Ausübung eines gefährlichen Berufs, der zu Vorsichtsmassregeln nöthigte, konnte von grober Verletzung der diligentia, l. c. die Rede sein. Denn bei der Verwendung des Beispiels für die lex Cornelia hatte Paulus auch den Fall im tit. l. Aq., den schon Mucius besprochen, im Auge. — Fiel diese l. c. nicht unter die lex Cornelia, so blieb sie doch nicht unbestraft. In Paull. S. R. V. 23. 12 wird der putator in ganz demselben Fall, ohne dass eine Schuld bezeichnet wäre, extraordinär zur Zwangsarbeit im Metallbergwerk verurtheilt: er war wohl ein humilis, oder gar ein Sklave, und vielleicht sollte wieder ein Exempel statuirt werden. Wie der Fall näher gestaltet war, wissen wir nicht: jedenfalls fehlte der animus occidendi und aus dem non proclamare war dem putator ein Vorwurf zu machen; in fr. 7 cit. ist aber ausdrücklich l. c. erwähnt, und Bindings[1]) genauere Untersuchung und Unterscheidung der Willensrichtungen des Thäters kann ich nirgends bestätigt finden. — Der Inhalt von fr. 7 cit. wird auf diese Weise auch erklärlich. Paulus will in seinem Buch de publ. iud. gegenüber dem extraordinären Strafrecht darauf hinweisen, wie das publicum iudicium streng dolus, und zwar den auf den bestimmten verbrecherischen Erfolg gerichteten dolus verlangt, und zwar so, dass die Thatseite neben der Schuldseite nicht in gleichem Mass in Betracht kommt. Dieser dolus ist aber nachzuweisen, sonst erfolgt Freisprechung; namentlich gilt hier nicht der aus dem Civilrecht so bekannte Satz von der Gleichstellung von dolus und l. c. Hier, beim Verbrechen, müssen beide sich scharf gegenüber stehen; eine Indifferenzirung wie in den Fällen einer civilrechtlichen Haftung aus einem Verpflichtungsverhältniss ist hier unstatthaft und nicht begründbar. Dazu ein frappantes Beispiel; ein Fall, in

---

[1]) l. cit. p. 373: eventueller Tödtungsdolus — oder genereller Körperverletzungs- und Tödtungsdolus — oder Concurrenz von doloser Körperverletzung und culposer Tödtung.

welchem erfahrungsgemäss gewisse Sorgfalt und Vorsicht nöthig ist. — Dieser Satz ist zur Grundlage für eine Beurtheilung der Frage nach einer Gleichstellung von dolus und l. c. im Strafrecht geworden. Je nach der Auffassung des neque in hac lege als „auch in diesem Gesetz nicht“ oder „und in diesem Gesetz nicht“ wollte man dies als Regel für alle publica iudicia, oder nur für die lex Cornelia als eine Ausnahme gelten lassen: dies schon in der Glosse, und in der ältern Litteratur ziemlich verbreitet[1]. Hasse, dem der Wortlaut eher für letztere Meinung zu sprechen schien[2], betonte ganz richtig, dass nach den Beweisen, die anderswo in Fülle bei Besprechung des erforderlichen dolus vorlägen, diese Erklärung nicht annehmbar sei. In der That ergeben für die Art und den Beweis des dolus die Fragmente über den Delictsdolus durchweg die Unmöglichkeit einer solchen Gleichstellung, und diese ist für die öffentliche Strafe so allgemein anerkannt, dass ein Nachweis hier überflüssig erscheint. Die ältere Theorie wollte nach der Art der Strafe die Gleichstellung oder Nichtgleichstellung von dolus und l. culpa bestimmen; bei Geldstrafe sollte sie stattfinden, nicht aber bei Capitalstrafe u. s. w.: willkürliche Unterscheidungen ohne Anhalt. Heute ist anerkannt, dass zum Nachweis des Delictsdolus nie Nachweis der l. c. in unserm Sinne genügt[3]. Daneben zeigt sich freilich etwa noch die Ansicht, im Privatdelict sei l. c. = dolus[4]. Eine Stütze dafür wird man allerdings vergeblich suchen[5]. — Wir können sagen: zum Thatbestand des Delicts ist, wo Nichts bei-

---

[1]) Noch Klien, N. Archiv I. 249 behauptet einen l. c. begangenen Stellionat.

[2]) Hasse, culpa 453: durchaus nicht nöthig! lies accipitur. Neque . . .

[3]) Für eine Gleichstellung von dolus und l. c. hat man sich wohl auf die Partirerei des D. St. G. B. 259 berufen: „von denen er weiss oder wissen muss, dass sie mittelst einer strafbaren Handlung erlangt sind.“ So Merkel in Holtzend. III. (1872) 744. Ein Entscheid des R. G. III. S. 28. April 1880 II. 140 nahm eine Art der l. c. an; II. S. 29. Sept. 1882 VII. 85 erklärte die Worte nur als Vorschrift für den Nachweis des Vorsatzes; meiner Meinung nach einzig richtig: der Gesetzgeber wollte den Dolus- (Indicien-) Beweis erleichtern; also processuale Vorschrift für Ueberzeugtheit des Richters von der Anwesenheit eines dolus. Sollte aber darin gar eine Bestrafung einer jeden fahrlässigen Partirerei liegen, so wäre die Redaction formell und materiell unerträglich. Eine eigene Meinung hat Liszt, D. Strafr. (II.) 167.

[4]) Schaper in Holtzend. II. (1871) 180 n. 3: „für den dem ius privatum angehörigen Theil des Strafrechts galt der Satz magna culpa dolus est.“

[5]) Eine Ausnahme davon, dass alle Obligationen aus Delict auf dolus beruhen, stellen einzig dar die Haftung ex l. Aquilia, in welcher „levissima culpa venit“, und die Haftung beim Halten

gefügt ist, oder sich nicht das Gegentheil aus der Fassung ergibt, immer Vorsatz zu fordern. Soll culpa bestraft werden, so ist das ausdrücklich zu erwähnen.

gefährlicher Thiere, effusa, deiecta, Haftung des Publicanen für seine Leute, der nauta, caupo, stabularius, welche wie die Noxalklagen und die aedilicischen Klagen von einer Schuld abstrahiren aus Gründen der Zweckmässigkeit, das Gewicht auf den Erfolg legen und für diesen Verantwortlichkeit statuiren. Sonst gehört dolus zum Thatbestand, und auch die Qualität des diesen ausschliessenden Irrthums fällt nicht in Betracht. Die der a. de dolo malo verwandte a. Paulliana erfordert Beweis des dolus: entweder directe Absicht der Beschädigung der Gläubiger oder Bewusstsein des Geschädigt-Werdens derselben durch die betreffende Handlung muss nachgewiesen werden, wobei sich der Schluss auf einen dolus meistens als Ergebniss aus der Zusammenstellung vom Bewusstsein der öconomischen Lage und der Wirkung der Handlung darstellen wird. Interessant fr. 17 § 1 quae in fraud. cred. 42. 8: consilium fraudandi ist dem Cridar nicht direct nachgewiesen; da aber vorliegt 1. er wusste, dass er Gläubiger habe; 2. er veräusserte sein ganzes Vermögen, so darf der Schluss gezogen werden: intellegendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse. (Auf den animus der liberti kommt Nichts an, weil sie aus einer Schenkung, auf Bereicherung, haften.) Hier also in zwingenden Fällen wieder ein Wissenmüssen wie bei der a. doli, nicht aber eine Haftung aus einem zur Schuld angerechneten Nichtwissen. Und doch läge bei der Schwierigkeit des Dolusbeweises eine Objectivirung der Haftung gewiss im Interesse der Gläubiger; sie ist im röm. R. nie erfolgt, obschon offenbar vereinzelte Meinungen nach ihr hinzielten. Dies zeigt sich bei Anlass der verwandten Bestimmungen der lex Aelia Sentia über die manumissio in fraudem creditorum: § 3 I. qui et quibus exc. 1. 6, aus einer in fr. 10 qui et a quib. 40. 9 reproducirten Stelle von Gaius L. I. aureor. bearbeitet, sagt, gesiegt habe die Meinung, nur wenn der Debitor auch animum fraudandi gehabt habe, werde der manumissus nicht frei, nicht schon, wenn das Vermögen des Debitor nicht zur Befriedigung der Gläubiger ausreiche; eine andere Meinung wollte also wohl mehr auf den factischen Zustand der Zahlungsunfähigkeit schauen, und bei dieser dann wohl Wissen derselben präsumiren, wie es wörtliche Auffassung des Anfangs der Stelle wiedergibt: „in fraudem cred. manumittere videtur, qui vel iam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est, vel datis libertatibus desiturus est, solvendo esse"; denn fraus bezeichnete hier wie im ältern Edict über die a. Paull. gewiss Bewusstsein der Schädigung, nicht objective Schädigung. Dies ergibt sich aus der Motivirung, welche in fr. 10 cit. unvermittelter, aber ausgeführter als in § 3 I. cit. dasteht: „insolvent sein oder werden und Wissen der Insolvenz fällt nicht immer zusammen; oft sind die Menschen in dieser Beziehung Optimisten; namentlich kommt es vor, dass Kaufleute, welche ausgedehnten überseeischen Handel treiben und im Auslande verschiedene durch Angestellte (Sklaven) administrirte Handelsniederlassungen haben, das Ganze nicht vollständig überschauen, eine thatsächliche Insolvenz nicht kennen, und daher bei der Freilassung von Sklaven durchaus ohne Bewusstsein der Schädigung handeln." Es wird also mit dem Beweis nicht zu leicht genommen werden. Dolus wird wirklich zum Thatbestand gefordert, und ein Vorhandensein desselben nicht

Etwaige Fälle, welche für dolus und l. c. die gleiche Strafbarkeit festsetzen, sind demnach Ausnahmen, dies ist accidentell und ergibt Nichts für eine aus einem allgemeinen Princip hervorgehende Gleichstellung von dolus und l. c., und so ist analoge Ausdehnung unrichtig. Ein solcher Fall liegt offenbar vor in fr. 12 pr. de cust. 48. 3 gegenüber fr. 14 § 2 eod. Modestin lässt in fr. 14 § 2 cit., wenn bei Entweichen der Gefangenen die Wachen fraudulenter versati sunt, Todesstrafe eintreten, bei neglegentia pro modo culpae castigantur, vel militiam mutant; in fr. 12 pr. cit. ebenso, nur setzt er auf nimia neglegentia = nimia culpa ebenfalls Todesstrafe (Hadrian). Hier sind gewiss neglegentia, culpa technisch zu nehmen: nimia negl. kann jedenfalls nie so untechnisch gebraucht sein, dass es sich mit einem fraudulenter deckt; einen Vorsatz kann es nicht bezeichnen[1]). Vielmehr enthält es hier eine Gleichstellung von dolus und der höchsten Stufe der Fahrlässigkeit (negl. ist trefflich für Verletzung der dem Soldaten gebotenen diligentia gebraucht); statt nimia negl. und nimia culpa hätte auch l. c. gebraucht werden können[2]). Aber l. c. war eben im Strafrecht nicht der technische Ausdruck wie im Civilrecht. Binding freilich kann bei seiner Auffassung der l. c. eine solche in dieser nimia culpa nicht finden, er findet sie aber in dem in fr. 14 § 2 cit. dem Entweichenlassen fraudulenter gegenübergestellten Entweichenlassen aus Mitleid. Für uns kann hier von einer l. c. keine Rede sein, sondern es wird nur das Motiv als Strafmilderungsgrund (militiam mutare) angesehen[3]) (im iud. publ. ist dies nie, in Cognitionen nur vereinzelt der Fall), wie beim Befreien des Sklaven in fr. 7 § 7 de dolo malo 4. 3, weil es

---

vorschnell angenommen, vielmehr als das Aeusserste der oben erwähnte Indicienbeweis zugelassen. Dasselbe ist bei der a. Paull. der Fall, sowohl für den dolus des Cridars als des Erwerbers. fr. 1 pr. fr. 10 § 2 h. t. 42. 8. Sehr scharf präcisirt in einem Erkenntniss des O. G. zu Wolfenbüttel, 26. Febr. 1868, Seuffert XVIII. 93: es genüge nicht, dass der Debitor im Bewusstsein seiner Insolvenz eine seinen Gläub. nachtheilige Veräusserung vorgenommen und der Erwerber von der Insolvenz Kenntniss gehabt habe: es werde dazu noch ausdrücklich consilium fraudandi und Kenntniss des Erwerbers von der fraus gefordert. — Dasselbe, was von diesen Fällen der Delictsobligation, gilt auch von den übrigen cf. fr. 7 § 4 de iurisdict. 2. 1: si per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso Praetore iussus vel casu aliquis (album corruperit) non tenetur. fr. 3 pr. de servo corr. 11. 3: nicht bei lusus etc. etc.

[1]) Anders Binding, Normen II. 348. 367 n. 554.

[2]) fr. 213 § 2 V. S. 50. 16.

[3]) Anders Heusler, l. cit. § 17.

aus Mitleid geschah, die infamirende a. doli vermieden ist, in fr. 4 § 15 re mil. 49. 16 Desertion aus Heimweh (neben Krankheit und Zweck der Verfolgung eines entlaufenen Sklaven gestellt) zur Strafausschliessung führen soll: der Ausdruck l. c. findet sich in diesem Zusammenhang nirgends. — In fr. 11 de incend. 47. 9 zeigt sich l. c. nicht-technisch gebraucht, Beweis das „tam lata culpa“[1]), wohl aber ist culpa nicht allgemein Schuld, sondern Fahrlässigkeit; dies geht hervor aus Vergleichung mit Coll. XII. 5. 2, welche von lata und incauta neglegentia spricht. Principiell haben wir hier zwei Gegensätze: das dolose und das fortuito factum incendium; dieses soll straflos sein, sobald nicht die culpa sich so steigert, dass sie an dolus grenzt. Dass aber in der lata et incauta negl. ein Vorsatz liege, wie Binding[2]) dies behauptet, d. h. Vorsatz ohne gemeines Motiv (denn „bei culposer Brandstiftung werde eine accusatio nicht gegeben“; es handelt sich aber, wie Pernice bemerkt, um eine cognitio), ist schon schwierig[3]) neben dem Ausdruck neglegentia und noch mehr, weil der gegebene Gegensatz nicht dolus malus, sondern data opera ist, das nun Binding gleich dolus malus, als das gemeine Motiv mitbegreifend, auffassen muss. Binding[4]) will die Fälle des dolus malus bei Brandstiftung auf die in Coll. XII. 6 = Paull. S. R. V. 20. fr. 28 § 12 poenis 48. 19 (Callistratus) erwähnten „praedae vel inimicitiae causa“ beschränken, richtiger wohl fasst diese Wächter[5]) als die häufigsten Fälle der dolosen Brandstiftung. Würde der Neronische Brand, wenn von einem nicht legibus solutus mit dem Nero untergeschobenen animus[6]) angezündet, wohl als fortuitum incendium erschienen sein? Die Stellen zeigen vielmehr, dass allerdings das nicht dolose incendium principiell nur zu Schadenersatz ex l. Aquilia verpflichtete (resp. Strafverwandlung in Prügel für Zahlungsunfähige), dass aber bei grober Fahrlässigkeit extraordinäre Strafe eintrat. Ebenso bei luxuria.

Wir erhalten hiemit das Resultat, dass die l. c. im Strafrecht lediglich eine hohe Stufe der culpa als Fahrlässigkeit überhaupt, und keinen wichtigen tech-

---

1) Pernice, Labeo II. 383. fr. 11 cit.: „si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria, aut dolo sit proxima.“

2) Binding, Normen II. 377.

3) Pernice, l. cit. 383 n. 20.

4) Binding, l. cit. 376.

5) Wächter, de crim. incend. 74. 75.

6) cf. Sueton, Nero 38 sq.

nischen Begriff repräsentirt. Ihre Benennung ist aus dem Civilrecht herübergenommen. Sie erscheint in vereinzelten Fällen strafbar, während leichte Fahrlässigkeit nicht strafbar ist, sondern Schadenersatz ex l. Aquilia zur Folge hat (Tödtung, Brandstiftung); nur aus Gründen militärischer Disciplin wird sie, und zwar leicht, geahndet[1]. Ein Princip ist bei dieser Ausdehnung nicht zu beobachten, als das „es scheint unklug, gewisse culpose Thatbestände ungeahndet zu lassen." Uns freilich mit der ausgebildeten Theorie der Fahrlässigkeit muss diese Differenzirung nach Graden und diese Willkür, welche dem Richter damit gegeben wird, befremden (freilich wird sie auch bei uns für die Festsetzung innerhalb des mit Maximum und Minimum gesetzlich gegebenen Strafmasses von hohem Einfluss sein); sie erklärt sich aus dem Gelegenheitscharakter des römischen Strafrechts.

2. Luxuria, lusus, lascivia. Die Wissenschaft bezeichnet mit luxuria — bewusste Fahrlässigkeit — herkömmlich den Fall, dass die That erstrebt wird, nicht aber der rechtswidrige Erfolg derselben; dieser ist zwar als eventuell möglich gedacht, diese Vorstellung wird aber zurückgedrängt und trotzdem gehandelt in der Hoffnung, dass eben der Erfolg nicht eintrete. Diese Umgrenzung selbst freilich, wie die Abgrenzung gegen dolus ist sehr controvers. — Aus dem römischen Recht lässt sich ein Anhalt nicht gewinnen. Gerade die von Binding[2] für den Sprachgebrauch dieses Wortes allegirten Stellen zeigen deutlich[3], dass eine technische Bedeutung dem Wort nicht zukommen kann. Sein Verhältniss zu lascivia liesse sich wohl so charakterisiren, dass beide verba media sind, jedoch in überwiegender Anwendung nach der tadelnswerthen Seite hin; die luxuria enthält vielleicht dieses Moment etwas mehr von vornherein. Sie bezeichnet das Exuberante vorerst in der Fruchtbarkeit der Erde, dann die ungesunde Ausgelassenheit (Gegensatz laetitia), endlich, am häufigsten, die zügellose und ausschweifende Lebensweise; lascivia vorerst den lustigen übermüthigen Scherz, dann ebenfalls die ungesunde Ausgelassenheit und zügellose Lebensweise,

---

[1] Pernice, Labeo II. 392 macht für diese graduelle Unterscheidung zwischen c. und l. c. mit Recht aufmerksam auf die Graduirung der culpa in der l. Aq. je nach Umstand des Falles. fr. 54 § 2 de A. R. D. 41. 1. § 4 I. ad l. Aq. 4. 3.

[2] Binding, l. cit. II. p. 375 n. 572.

[3] cf. Lucas, subj. Verschuldung 109 n. 1. Berner, Imputationslehre 282 „man muss den Gedanken aufgeben, dass alle Wörter, die im corpus iuris stehen, eine technische jurist. Bedeutung haben." Im Folgenden kann ihm nicht beigestimmt werden.

sich hierin mit luxuria deckend[1]); lusus (ludere) betont weniger das zu Viel. — Die luxuria findet sich einmal in der Rechtssprache angewandt: fr. 11 de incend. 47. 9[2]). Ganz ähnlich Ulpian in Coll. XII. 5. 2: „sed ei qui non data opera incendium fecerit, plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta neglegentia vel lascivia fuit." Offenbar bezeichnet hier Ulpian mit lascivia und lata et incauta negl. dasselbe, was Marcian mit luxuria und c. dolo proxima. Beiden ist gemeinsam, dass sie zum „fortuito", nicht zum dolus gehören. Nicht aber folgt daraus, dass lascivia resp. luxuria und lata negl. identisch sind: nur dass eine weitgehende Nachlässigkeit als luxuria erscheinen oder gar an dolus grenzen kann. Nehmen wir lascivia, luxuria in ihrer gewöhnlichen Bedeutung, so ergibt sich, dass Handeln aus grober Fahrlässigkeit und aus muthwilligem Uebermuth bestraft werden soll. — Den Sinn von lascivia ergeben etwas deutlicher Gaius III. 202. cf. § 11 I. de obl. quae ex del. 4. 1. fr. 50 § 4 de furtis 47. 2 (lusus)[3]). Dem Fall, dass Jemand eine Viehheerde z. B. durch Schwenken rother Tücher in die Flucht jagte, damit seine Diebsgenossen sie in Empfang nehmen können (a. furti), wird der gegenübergesetzt, dass Jemand das Vieh verjagt und nun dieser Fall eintritt, ohne dass er ihn bezweckte; er will nicht Gehilfe des Diebstahls sein, sondern handelt per lusum, lasciviam, d. h. die That selbst gewährt

---

[1]) Binding II. 367 n. 555 „Grundbedeutung ist ausgelassenes Belieben" — luxuria der Thiere Val. Flacc. 7. 65 = lascivia der Thiere. pr. I. si quadrupes 4. 9. si animalia lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint. — Livius: per lusum atque lasciviam. — Martial: convicia ludere. Trefflich übersetzt C. C. C. luxuria und lascivia in seiner „Geilheit".

[2]) V. p. 142 n. 1. Gegen die Conjectur „luxuria". Binding cit. 377, gegen dessen Conjectur „aut luxuria ut dolo" Pernice II. 384 n. 22.

[3]) Gaius cit.: interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit, qualis est, cuius ope consilio furtum factum est; in quo numero est, qui nummos tibi excussit, ut eos alius susciperet, vel obstitit tibi, ut alius surriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet; et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum; sed si quid per lasciviam et non data opera, ut furtum committeretur, factum sit, videbimus, an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam, quae de damno lata est, etiam culpa puniatur.

§ 11 I. cit. Ebenso (ausg. zw. alius und surriperet: rem tuam eingeschoben) bis ut furtum committeretur: dann factum est, in factum actio dari debet. fr. 50 § 4 cit. Ulpian: cum eo, qui pannum rubrum ostendit, fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est; sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus; idcirco Labeo scribit, in factum dandam actionem.

ihm Befriedigung, das tolle Rennen des gescheuchten Viehs, ohne dass er irgendwie die Folgen überlegt; er will sich einen Scherz machen[1]), und handelt demgemäss ins Blaue hinein: „so gefährliche Scherze dürfen aber nicht ungeahndet bleiben"[2]). Das und nicht mehr liegt gewiss auch in Coll. I. 11 cf. fr. 4 § 1 ad l. Corn. sic. 48. 8[3]). Einfach betrachtet scheint der Fall der: Bei einem Gelage war den Tafelnden der Gedanke gekommen (um sich einen schlechten Scherz auf Unkosten eines Andern zu machen), den Claudius, Sohn eines armen Mannes, zu prellen (sagatio). Dabei wurde er nun durch Schuld des Marius Evaristus so schlecht behandelt, dass er zu Schaden kam und 5 Tage nachher starb. Was speciell die Ursache dieser Verletzung war, wird nicht gesagt[4]). Der Proconsul von Baetica schritt nun ein, und zwar gegen Evaristus, der den Anstoss zu diesem Vergnügen mochte gegeben haben, und sich bei dessen Ausführung durch besondern Eifer (cupiditatis culpa) ausgezeichnet hatte, und untersuchte vorerst, ob er wohl dolos gehandelt habe? Dafür wäre ein Anhalt vorhanden gewesen, wenn er dem Claudius feindlich gesinnt gewesen wäre[5]); dafür ergab sich aber Nichts; ein dolus lag nicht vor.

---

[1]) Mommsen, Beitr. III. 353 n. 6 will den lusus perniciosus als Schädigungsabsicht der Diebstahlsabsicht gegenüberstellen. Beim Ausdruck lusus doch unmöglich!

[2]) fr. 50 § 4 de furtis 47. 2. Desshalb, da von a. furti wegen des mangelnden Diebstahlsdolus keine Rede sein kann, a. in factum.

[3]) Sicher zu viel findet in diesem Fall Binding, l. cit. 369—372. Er lautet: fr. 4 § 1 cit. (Ulp.): cum quidam per lasciviam causam mortis praebuisset, comprobatum est factum Ignatii Taurini, proconsulis Baeticae, a Divo Hadriano, quod eum in quinquennium relegasset. (libro VII. de officio procons.) Coll. I. 11. 1. = id. 2: verba consultationis et rescripti ita se habent: „Claudium, optime Imperator, et Evaristum cognovi, quod Claudius Lupi filius in convivio dum saga iactatur culpa Marii Evaristi ita male acceptus fuerit, ut post diem quintum moreretur. Atque apparebat, nullam inimicitiam cum eo Evaristi fuisse. Sed cupiditatis culpam coercendum credidi, ut ceteri eiusdam aetatis iuvenes emendarentur. Ideoque Mario Evaristo urbe, Italia et provincia Baetica in quinquennium interdixi, et decrevi, ut impendii causa H. S. duo milia patri iuvenis persolveret Evaristus, quod manifesta erat eius paupertas. Velis rescribere." 3: Verba rescripti: „Poenam Marii Evaristi recte, Taurine, moderatus es ad modum culpae; refert enim et in maioribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu." (Ulp. l. VII. de off. proc.)

[4]) Vielleicht ist auch das Komma zwischen Evaristi und ita zu setzen.

[5]) Wie nahe diese Untersuchung für die Frage nach Vorhandensein von dolus liegt, zeigt der Umstand, dass das primitive Recht, dem die Erforschung der Willensrichtung als internen Moments zu complicirt ist, und das sich an das Aeussere Greifbare hält, immer auf Vorhanden-

Jedoch hielt der Proconsul für angezeigt, Strafe fünfjähriger Relegation und eine Geldentschädigung an den Vater des Getödteten gegen Evaristus auszusprechen, der durch sein tolles Handeln mittelbar den Tod des Claudius herbeigeführt hatte. Solche verwerfliche Lustbarkeit[1]) muss bestraft werden! warum? „damit hier einmal ein abschreckendes Beispiel statuirt wird und dieser heillose „„Sport der römischen Goldjugend““[2]) einen Denkzettel erhält“ („ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur“). Der Proconsul fragt bei Hadrian an, ob er recht gehandelt? und die Antwort lautet: „gewiss, die Strafe ist der Grösse der Verschuldung angemessen. Denn die Bestrafung wegen dolus kann nicht eintreten, da dolus nicht vorlag: auch bei noch so schädlichem Erfolg ist an der Unterscheidung zwischen consulto und casu festzuhalten.“ Die lascivia wird also zum casus gezogen, selbst aber nicht näher definirt; mehr kann darin nicht gefunden werden als der tolle Uebermuth, der in einer Handlung Befriedigung sucht; wie sich der Thäter in seinem Innern mit Wissen und Wollen zum Erfolg stellt, ist dadurch nicht ausgedrückt (ob dolus eventualis, d. generalis, d. in Concurrenz mit culpa etc.), und so erhalten wir in diesem „verwerfliches Handeln ins Blaue hinein“, das nur den auf die Handlung gerichteten animus positiv, den auf den Erfolg gerichteten nur negativ (kein dolus) enthält, keinen juristisch-technischen Begriff. Ebenso in fr. 6 § 7 de re mil. 49. 16, wie dies deutlich die Verbindung „per vinum aut lasciviam“ zeigt. Bei den Soldaten soll Verwundung eines Kameraden Todesstrafe nach sich ziehen; nach einer Bestimmung Hadrians ebenso Selbstmordversuch, sofern sich nicht als Motive desselben andere Gründe (als um sich der Dienstpflicht zu entziehen) ergeben, wie z. B. heftiger Schmerz, Lebensüberdruss, Wahnsinn, Krankheit, verletztes Ehrgefühl, Trauer etc.[3]). Hier tritt nur missio ignominiosa ein. Diesen beiden Fällen wird nun beigefügt der Satz:

sein von Hass und Feindschaft sieht, um die gewollte That, auf Nichtvorhandensein, um die zufällige, nichtgewollte anzunehmen. So im deutschen Recht lex Visigot. VI. 5. 2. cf. Wilda, Strafr. der Germ. 583. Hochinteressant das mosaische Recht Num. 35. 20 ff. Deut. 19. 4, 11: einerseits Hass seit gestern und ehegestern, andrerseits Nichtvorhandensein von Hass und Feindschaft.

[1]) Huschke, Jurisprud. Anteiust. 633 n. 2 conjicirt unnöthig stupiditatis culpa.

[2]) Pernice, l. cit. 382 n. 17, woselbst auch cit. Sueton Otho 2. cf. Friedländer, Sittengeschichte I. 26.

[3]) Cf. die Bestimmungen von Hadrian und Antoninus Pius fr. 11 § 3 de his qui not. 3. 2. fr. 3 §§ 3—6 de bonis eor. 48. 21 über Selbstmord des wegen eines Verbrechens Angeklagten, welcher Confiscation nach sich zieht.

ist die That aus Betrunkenheit oder lascivia geschehen, so tritt nur Strafversetzung ein[1]). Diese Zusammenstellung muss auf einem der That im Rausch und aus lascivia gemeinsamen Punkt beruhen. Nun erscheint in fr. 11 § 12 de poenis 48. 9 die zwischen Betrunkenen entstandene Schlägerei als auf impetus beruhend: dem Trunkenen fehlt die volle Herrschaft über seine Geisteskräfte, die Ueberlegung, ebenso dem, welcher in übermüthiger Ausgelassenheit Etwas thut, was die Verwundung eines Commilitonen zur Folge hat. Beide dachten nicht an die Folgen und handelten darauf los.

Diese Fälle der Anwendung von lusus, luxuria, lascivia ergeben uns, dass das römische Recht sie nicht zum dolus gestellt, aber auch nicht unter den Gesichtspunkt der culpa gebracht hat, wie es denn überhaupt ihre Strafbarkeit nur damit motivirt, sie erscheine zweckmässig. Ein fester Begriff und ein Eindringen in das interne Moment tiefer als blosse Constatirung des Nichtvorhandenseins von dolus und eines an sich tadelnswerthen Handelns, dem nun ein schädlicher Erfolg entspringt (wie sich der Thäter zu diesem Erfolg stellt, wird nicht untersucht, nur darf sein Wille nicht direct auf denselben gerichtet gewesen sein) zeigt sich bei ihnen nirgends. Mag man ihnen nun in der Doktrin ihren Platz zwischen dolus und culpa als Mischungen aus beiden Elementen, oder bei dem fahrlässigen Verbrechen anweisen, so wird doch feststehen, dass das römische Recht uns dafür keine Anhaltspunkte bietet und wohl nicht so systematisch vorgegangen ist, vor Allem aber sie nicht unter den Gesichtspunkt einer lata c. als Unterarten derselben, ja einer magna negl. überhaupt gebracht hat, und dass bei der mangelhaften Ausbildung der culpa im römischen Strafrecht ihre Bezeichnung als Arten der culpa nicht das Richtige treffen kann. Zum Vorsatz aber werden sie ebenso wenig als l. c. gerechnet.

3. Impetus[2]). Das Wort findet sich in den Rechtsquellen selten. Seine negative Bedeutung ist klar; er bezeichnet, wie schon bei Profanschriftstellerr,

[1]) Unzweifelhaft sind die Worte unrichtig gestellt. Sie gehören in einen besondern § zwischen § 7 und dem jetzigen § 8. Der Jurist spricht von Verwundung von Kameraden, kommt dadurch auf Hadrians Bestimmungen über Selbstmordversuch und spricht nun allgemein Strafausschliessungsgründe aus. In ihrer jetzigen Stellung, also nur auf § 7 bezogen, können die Worte keinen Sinn haben; wohl zur Noth das vinum, nicht aber die lascivia, vollends neben den Strafmilderungsgründen des § 7. Was wäre ein muthwilliger Selbstmordversuch?

[2]) Die Ansichten v. bei Binding II. 346 n. 518.

den Mangel an ruhigem, überlegtem Vorgehen: er bildet den Gegensatz zum propositum. fr. 11 § 2 poenis 48. 19. Schwieriger ist die positive Feststellung. Das Wort findet sich angewandt in fr. 38 § 8 l. Julia adult. 48. 5: der Mann tödtet impetu tractus doloris seine ehebrecherische Frau[1]). Marcus und Commodus wiederholten für diesen Fall die Verfügung von Pius[2]), dass nicht durchweg die Strafe der lex Cornelia de sicariis eintritt, sondern ultimum supplicium remitti potest. War ein Ehebrecher, den zu tödten das Gesetz nicht erlaubte, unter den sonstigen Voraussetzungen getödtet worden, so liessen die Genannten leichtere Strafe eintreten; dasselbe meinte wohl Coll. IV. 3. 6, wonach Caracalla den inconsulto calore Handelnden verschonte, und c. 4 ad l. Jul. adult. 9. 9, worin Alexander betont, dass Tödtung inconsulto calore homicidium is aber Strafmilderung (nur Exil) eintreten soll, quia et nox et dolor iustus relevat factum. Ebenso statuirte man leichtere Strafe (placuit), wenn der Mann die auf der That Ertappten, Ehebrecher und Frau, zusammen tödtet, „quia hoc impatientia iusti doloris admisit." Coll. IV. 12. 4 = Paull. S. R. II. 26. 4. — Man sieht: in allen diesen Fällen liegt homicidium vor, der Thäter fällt unter die lex publici iudicii, seine That beruht also auf dolus, und zur Zeit der lex publ. iud. tritt somit auch die volle gesetzliche Strafe ein: diese ist fest gegeben; die publ. iud. kennen die individualisirende Behandlung des Einzelfalls nicht. So ist das auch noch später, wie deutlich fr. 38 § 8 l. Jul. adult. 48. 5 und Coll. IV. 10 zeigen: der Thatbestand der lex publ. iud. ist völlig vorhanden und der Thäter fällt unter dieselbe; aber es können (nicht: es müssen) in solchen Fällen mildernde Umstände angenommen werden und hienach muss nicht die Strafe des Gesetzes, sondern kann eine mildere extraordinäre Strafe ausgesprochen werden[3]). — Die Construction dieser Fälle als culposer Delicte („es bildete sich bei Rechtsgelehrten

[1]) Nach der lex Julia durfte der Mann die Frau gar nicht, den Ehebrecher nur, wenn er persona infamis, inhonesta, vilis war und er ihn bei der Frau in seinem Hause ertappte, tödten. — Von demselben Fall sagt Papinian in Coll. IV. 10: der Mann fällt unter die lex Cornelia. Aber was das Strafmass betrifft, kann man mit Recht seinem honestissimus calor Rechnung tragen, und ihn nicht mit Tod oder Deportation, sondern höchstens mit Exil strafen. cf. fr. 3 § 3 de S. C. Silan. 29. 5 (Ulp.): ignoscitur . . iustum dolorem exequenti domino.

[2]) fr. 1 § 5 ad l. Corn. sic. 48. 8 für humilis: exilium perpetuum, für den in dignitate positus: relegatio ad tempus.

[3]) cf. Elvers, pract. Arbeiten 231—259, der nach Binding II. n. 548 impetus zum dolus rechnet (mir nicht zugänglich).

die Ansicht, dass die impetu verübten Handlungen zwar nicht zum casus, aber auch nicht zum dolus gehören, sondern vielmehr zur culpa zu rechnen seien“ [1])) ist völlig unrichtig. Nicht nur, weil überhaupt ein Oberbegriff des culposen Delicts dem römischen Recht auch der Kaiserzeit gänzlich fehlt (so dass man sagen muss: nichts als dolus malus, Schädigungsabsicht mit darin gefundener Unsittlichkeit ist im römischen Strafrecht fester Begriff), sondern weil diese Fälle ausdrücklich als dolos begangen aufgefasst werden. Haben wir aber damit einen technischen Begriff impetus als eine Erscheinungsform des dolus? Ich denke, dagegen spricht neben der seltenen Anwendung des Wortes auch der Umstand, dass alle diese denselben Thatbestand wie fr. 38 § 8 cit. enthaltenden Stellen allerdings im Ganzen denselben Grund für die Strafmilderung angeben, aber immer in andern Ausdrücken. Die Handlung ist nicht eine Frucht der pro und contra reflektirenden Ueberlegung, sondern eines sich plötzlich aufdrängenden und so unwiderstehlich treibenden Motivs [2]), dass entgegen stehende Vorstellungen gar nicht Zeit haben, sich zu bilden, und, was zu beachten ist, das Motiv ist kein verwerfliches, sondern ein begreifliches: Schmerz und Wuth über die erlittene Unbill; der Erfolg ist aber gewollt. Dass nun gerade diese Art der Willensrichtung technisch impetus heisst, ergeben aber diese Fälle durchaus nicht. fr. 38 § 8 cit., welches den Ausdruck einzig enthält, bezeichnet doch in seinem „impetu tractus doloris“ nur das heftig gesteigerte Schmerzgefühl (der „ungestüme Anprall“ des Schmerzes), welches nun eben den inconsultus calor, und damit die That erweckt. — Man hat im Anschluss an diese Fälle und an rhetorische Ausführungen impetus mit Affekt übersetzt und eine allgemeine Lehre über den Affekt im römischen Strafrecht gebildet. Nicht nur der inconsultus calor, auch Liebe, Krankheit, Trunkenheit, Mitleid etc. wurde unter die Bezeichnung impetus gebracht, und behauptet, Antonin und Commodus hätten allgemein Berücksichtigung des Affekts befohlen [3]). Nun ist aber einmal der Ausspruch der Kaiser auf die Fälle des Ehebruchs beschränkt (wohl nicht unabsichtlich! atrocitas

---

[1]) Rein, Crim. R. der Römer 210 ff. 418. 419. 844 „culposer Mord“. (!) U. A. ist seine Auffassung von aut. ad Her. II. 16 verfehlt: culpa ist völlig untechnisch, nicht im Sinn von Fahrlässigkeit. Dto. Köstlin, Mord und Todtschlag (nach Rein cit. p. 210 Note; mir nicht zugänglich).

[2]) Dolus repentinus. Der Ausdruck ist nicht römisch. honestissimus calor, cf. D. Str. G. B. 213.

[3]) Das Möglichste hat geleistet Rein cit. 210 ff. Aber auch schon A. Matthäus Comment. de crim. Trajecti 1644 p. 45.

facti und historische Reminiscenzen mochten mitwirken), nicht allgemein mindere Strafbarkeit der im Affekt begangenen That ausgesprochen, und ihre Anweisung geht nur darauf, dass in jenem Fall die Strafe gemildert werden könne. Ein allgemeines Princip geringerer Strafbarkeit des Affekts (worunter Fälle der Trunkenheit wie in fr. 12 pr. in f. cust. reor. 48. 3 gestellt zu sehen Staunen erregen muss) kennt das römische Strafrecht nicht. Dann ist aber auch zurückzuweisen, dass ein technischer alle diese Fälle umfassender Begriff impetus vorhanden war. — Merkwürdig ist die Hervorhebung der nox in c. 4 ad l. Jul. adult. 9. 9 als Milderungsgrund; sonst ist allgemein hier der Affekt ein auflodernder Zorn[1]); aber sogar dass dieser den technischen Namen impetus hat, wird zu leugnen sein. Technisch will das Wort überhaupt nur auftreten in fr. 11 § 2 de poen. 48. 19, wo propositum, impetus, casus als die möglichen Schuldarten einander gegenübergestellt werden. Hier muss uns aber sofort das Beispiel des impetus „cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur" auffallen. Was hat es mit obigen Fällen gemein? Denn eine Beschränkung auf wohl begreiflichen Zorn kann hierin nicht liegen. Allen Fällen der mildern Strafe wegen Trunkenheit, in fr. 6 § 7 de re mil. 49. 16 (per vinum labi des Selbstmord versuchenden Soldaten s. oben) fr. 12 pr. de cust. reor. 48. 3 (per vinum aut desidiam des Soldaten ist der Gefangene entkommen) c. 1 C. si is qui imp. 9. 7 (temulentia der Majestätsbeleidiger[2])) ist wesentlich das negative Moment der mangelnden Ueberlegung (propositum); positiv spricht sich die Trunkenheit aber sehr verschieden aus, bald die Geisteskräfte einseitig überspannend, bald schwächend. Jenes ist offenbar beim impetus der Fall; zwischen Betrunkenen

---

[1]) So auch Binding l. cit. 346, dessen Satz „die Art des Affekts, welche dem Verbrecher seine verbrecherische That ganz besonders werthvoll macht" ich nicht völlig verstehe. Er stellt richtig diese Fälle zum dolus, wendet aber impetus auf das im Zorn begangene Verbrechen, und nur dieses, an, und stellt impetus überhaupt zu dolus, nicht zu seinen Vorsatzbegriffen l. c., lascivia, luxuria.

[2]) Pernice l. cit 385 will dies im tropischen Sinne nehmen, nach J. Gothofredus ad l. un. Cod. Theod. 9. 4 (Lips. 1738 III. p. 53): „temulentia non est tantum . . ebrietas . . verum praeceps mens et stoliditas omnis. temulentus est motae mentis quilibet sive ex insania et animi desperatione quadam, sive ex iniuria i. e. malo proposito." Die Nachweisungen ergeben diesen Sprachgebrauch aber nur für die griech. Sprache (παροινία), doch ist diese übertragene Bedeutung bei der Sprache der Kaisererlasse nicht unmöglich, dagegen spricht aber die häufige Anwendung der Trunkenheit als Strafmilderungsgrund in den Digesten.

in aufgeregter Stimmung entstehen leicht im Nu Streit und Verwundungen, sie wissen nicht wie; aber im Moment will Jeder den Andern treffen, ohne sich recht bewusst zu sein, was er anrichtet. Bezeichnend ist aber, dass Marcian die Tödtung in demselben Fall der Schlägerei auf casus beruhen lässt; dass er an casus im civilrechtlichen Sinn nicht gedacht hat, ergibt sich aus dem Zusammenhang. Der That im Rausch wird andrerseits wieder die lascivia an die Seite gestellt.

Es kann Nichts deutlicher zeigen, wie ein Festbestimmen und Systematisiren aller dieser in den Quellen gebrauchten Ausdrücke ausser dolus malus vergeblich und unmöglich ist; nur dieser ist etwas Sicheres. Für den impetus können wir sicher das negative Element: Fehlen des propositum, aufstellen, positiv vielleicht: die durch äusseres Ereigniss hervorgerufene Gemüthsstimmung, die zu schneller, unüberlegter, aber bewusster verbrecherischer That treibt; nähere Specialisirung erscheint unmöglich. Wir erhalten aber in der Behandlung der Ehebruchsfälle einerseits, des Raufhandels andrerseits (dort werden sie zweifellos zum dolus gestellt, hier ist Alles unsicher), die Gewissheit, dass auch diese Bezeichnung keine technische, feste ist — der Sprachgebrauch ist mehr facti als iuris und die Classification der Schuld beruht nur auf milderer Bestrafung solcher Fälle — und dass die Abgrenzung gegen lascivia und casus den römischen Juristen nicht leicht fällt, dass wir somit weder einen Begriff des impetuosen, i. e. im Affekt begangenen Verbrechens fürs römische Recht aufstellen, noch die angegebenen Fälle alle unter einen Oberbegriff zusammenfassen, definitiv dem dolus überweisen, und ganz von den übrigen untechnischen Begriffen nicht doloser Schuld scheiden können. Ist jene Auffassung für die Fälle der Tödtung im Ehebruch sicher, so ist der impetus aus Trunkenheit in dieser Beziehung sehr zweifelhaft.

Die Frage, die in diesem Abschnitt einzig zu untersuchen war: kommt neben dem dolus malus des Strafrechts eine allfällige technische l. c., irgendwie verwandt in Begriff und Folgen, in Betracht? lässt sich also beantworten: „im Strafrecht findet sich durchaus keine Analogie zum Begriff und den Wirkungen der l. c. im Verkehrsrecht. Einzig fester Begriff ist dolus malus und dieser ist sich constant wesentlich gleich geblieben. Das Gebiet seines Gegensatzes, des casus, zu verengern und neue Schuldformen zu schaffen, ist seit Hadrian versucht worden, aber nur für gelegentliche Einzelfälle und principlos; die Ausdrücke sind theils dem profanen Sprachgebrauch, theils dem Verkehrsrecht entnommen, und durchweg nicht zu fester juristisch-technischer Präcisirung gediehen.

